UNIVERSITÉ DE RENNES — FACULTÉ DE DROIT

Des Conflits de Compétence

entre

Juge des Référés Civils

et

Juge des Référés Commerciaux

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'acte public sur les matières ci-après sera présenté et soutenu le Lundi 20 Juin 1938, à 15 heures

PAR

J.-Guy BERNARD

JURY :

M^me^ LAGARDE, *Professeur*, Présidente.
MM. PARIS, *Professeur*.
BRÉJON, *Chargé de Cours*.

IMPRIMERIE PROVINCIALE DE L'OUEST
14, Rue du Pré-Botté, RENNES

1938

Des Conflits de Compétence

entre

Juge des Référés Civils

et

Juge des Référés Commerciaux

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses : ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE RENNES — FACULTÉ DE DROIT

Des Conflits de Compétence

entre

Juge des Référés Civils

et

Juge des Référés Commerciaux

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'acte public sur les matières ci-après sera présenté et soutenu le Lundi 20 Juin 1938, à 15 heures

PAR

J.-Guy BERNARD

JURY :

M^me^ LAGARDE, *Professeur*, Présidente.
MM. PARIS, *Professeur*.
BRÉJON, *Chargé de Cours*.

IMPRIMERIE PROVINCIALE DE L'OUEST
14, Rue du Pré-Botté, RENNES

1938

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

INTRODUCTION

Les conflits de compétence sont la rançon de l'accroissement du nombre des juridictions. Cet accroissement qui vise à mettre à la disposition des plaideurs des juges plus spécialisés, partant plus compétents, place en même temps ces plaideurs devant la question parfois cruciale du choix entre les juridictions. Et ainsi souvent une difficulté de compétence prélude aux difficultés inhérentes au fond du procès et entraîne pour les parties des lenteurs et des frais supplémentaires, ceci au grand dam de la bonne administration de la justice.

Ces conflits toujours fâcheux et délicats (que l'on songe aux véritables problèmes que soulève la délimitation des juridictions civiles et administratives!), apparaissent particulièrement regrettables quand ils surgissent entre deux juridictions de Référé, le Référé civil et le Référé commercial, le Président du Tribunal Civil et le Président du Tribunal de Commerce.

Que l'on puisse en cette matière spécialement déplorer que se présentent des conflits de compétence, cela tient à deux raisons.

La première de ces raisons se rattache au caractère en quelque sorte spécifique de ces deux juridictions.

Les Référés sont les juridictions des cas urgents. Ils sont destinés à donner en procédure satisfaction au besoin de rapidité.

Dans toutes les législations il existe, et il a toujours existé, des procédures spéciales destinées à accorder justice aux particuliers dans les cas les plus urgents. Citons seulement l' « operis novi nuntiatio » du Droit Romain, l' « injus vocatio » de la loi des douze tables, la « clameur de haro » de la coutume de Normandie. Dans la première institution, l'intéressé agissait même en dehors de la justice dont les moyens de procédure les plus rapides étaient encore trop lents, et l'organe juridictionnel n'intervenait que par la suite, simplement pour ratification. Les deux dernières n'avaient, au contraire, pour but que l'introduction d'une demande urgente en vue d'engager l'instance au principal. Le Référé, lui, ne vise pas à obtenir une décision sur le fond du litige, mais il se rapproche des procédures anciennes en ce que, comme elles, il découle de cette particularité de l'activité humaine qu'est le désir de rapidité. « Les législations tour à tour, dit M. Francès, ont dû se préoccuper de ménager les minutes de la journée de l'homme dans la vie juridique générale... C'est en constatant l'intensité de ce besoin de l'ordre judiciaire qu'on a dit : un droit retardé dans son application est déjà un droit blessé [1] ».

Cependant, encore que chacun reconnaisse que le moindre retard peut parfois causer la perte d'un droit, en ce sens qu'il ne pourra plus être exercé

---

(1) Francès, *Essai sur les notions d'urgence et de provisoire dans la procédure du Référé*. Thèse, Toulouse 1935, p. 10.

efficacement, ou tout au moins provoquer un préjudice irréparable, il reste que de tout temps la justice est demeurée en règle générale lente, très lente; que de nos jours ce défaut n'a fait que s'accentuer de par le nombre et l'importance croissante des affaires, de par l'allongement des délais imposés aux plaideurs. On a beau faire des entorses aux règles générales de procédure en autorisant d'assigner à bref délai, en dispensant du préliminaire de conciliation, l'encombrement ordinaire du rôle freine l'impatience des plaideurs.

C'est ainsi qu'à Paris il s'écoule de six mois à deux ans entre le moment où une affaire est inscrite au rôle et le moment où elle en sort.

On touche ici du doigt l'antinomie qui existe dans une certaine mesure, au point de vue judiciaire, entre la rapidité et la sécurité; et il semble bien difficile de contester que cette dernière demeure la plus grande vertu d'une justice à qui on veut garder la confiance de chacun, « car le Droit, suivant la définition de M. Renard, est la justice associée à la sécurité [1] ». Si bien que, après avoir longuement étudié l'antagonisme des deux concepts, M. Francès est amené à cette conclusion logique, simple et classique, qu'énonce le vieil adage « Ratio in medium stat ». Il insiste seulement sur ce que le minimum de sécurité exigible est aujourd'hui très restreint, de telle sorte qu'on parvient, malgré que l'importance des besoins aille croissant, à obtenir tout de même une simplification de la procédure.

---

(1) Cité par Francès, *ouvrage précité*, p. 20, note 2.

C'est le but du Référé de tendre à une conciliation entre le désir de rapidité et l'exigence de sécurité dans la vie judiciaire.

On comprend donc que, dans la mesure où les cas d'urgence se multipliaient du fait de l'accélération du rythme des échanges sociaux économiques si souvent citée comme caractéristique de notre époque, on ait tenté de se rapprocher le plus possible de cet idéal de justice : obtenir du juge la mesure qui s'impose au moment même où en naît le besoin, en faisant de plus en plus souvent appel à la juridiction des Référés. Ainsi s'explique ce grand développement des Référés et apparaît le danger des retards provoqués par les conflits de compétence.

La deuxième raison qui rend éminemment regrettables ces conflits tient à la nature des mesures prises par le juge des Référés.

Un plaideur qui demande au juge de nommer un administrateur provisoire, d'ordonner des travaux urgents, ne met pas en action son droit lui-même; il demande une mesure de précaution tout à fait extérieure à lui. Il réclame des mesures provisoires de protection du fait plus proches des questions d'administration et de police que du droit pur et de la justice. Et il les obtient parce que la paix publique ne sera assurée qu'autant que ceux qui jouissent d'une situation de fait bien établie pourront s'adresser au juge pour la faire respecter. C'est en se fondant sur cette idée que M. Japiot a pu rapprocher le juge des Référés du Prêteur romain, car s'il ne peut pas, comme le magistrat de Rome, dire « le Droit », il a comme lui le devoir de dire « l'Equité ». Et l'Equité

n'est-elle pas supérieure au Droit Civil et au Droit Commercial [1] ?

C'est cette même observation qui avait conduit certains auteurs, avant la création du Référé Commercial, à admettre que la distinction entre affaires civiles et affaires commerciales convenait peut-être mieux au domaine du fond du Droit qu'à celui des mesures provisoires, et que, par conséquent, quand le Président du Tribunal Civil statuait en Référé, il n'était pas plus un juge civil qu'un juge commercial, et avait donc une compétence générale pour ordonner en toute matière des mesures urgentes ne préjudiciant pas au fond [2]. La jurisprudence elle-même s'essaya dans cette voie [3].

Cette tendance n'aboutit pas, et assez vite la Cour de Cassation décida que le Président du Tribunal Civil, qui pouvait seul statuer en Référé, le pouvait seulement en matière civile. Mais il demeure qu'aujourd'hui encore les mesures ordonnées en Référé le seront dans un même esprit quel que soit le juge et quelle que soit la nature du procès au fond. On voit donc mal l'intérêt qu'il peut y avoir dans ces conditions à soulever un conflit de compétence.

Car un conflit entre les deux juridictions de Référé, en retardant la décision, ira directement à

---

(1) Cf. Trib. Civ. Rouen, 17 juillet 1928. S. 1928.1.169 et la note.

(2) Glasson et Colmet-Daage, *Traité théorique et pratique de Procédure Civile* (1908), p. 473. — Garsonnet et César Bru, cité par Vernhe, *Le Référé en matière commerciale et en justice de paix*. Thèse, Toulouse 1931, p. 59.

(3) Cass. Civ., 11 nov. 1867; S. 1868.1.69.
Cass. Civ., 27 janv. 1879, D. P. 1879.1.212.

l'encontre de la raison d'être de ces juridictions, le besoin de rapidité, et il le fera en pure perte puisque, en somme, la même mesure sera prise par un juge ou par l'autre. Il sera donc infiniment fâcheux.

On peut se demander, du reste, comment ces conflits sont susceptibles de se produire. Les domaines des actes civils et commerciaux, partant les compétences des tribunaux civils et commerciaux, semblent suffisamment bien délimités pour que doive être éliminé ce genre de risques.

Leur existence, que révèle une assez abondante jurisprudence, s'explique cependant.

Jusqu'à la loi du 11 mars 1924, le pouvoir de statuer en Référé avait été réservé exclusivement au Président du Tribunal Civil, à qui il était interdit de statuer en matière commerciale.

Toutefois, des nécessités pratiques avaient conduit le législateur à autoriser l'intervention du juge civil des Référés en certaines affaires commerciales limitativement prévues par les textes, parce qu'il était impossible de méconnaître la réalité de certains faits sous ce prétexte que les règles générales du Droit ne les avaient pas prévus. C'est ainsi que la loi du 31 juillet 1913, modifiant la loi du 17 mars 1909 (art. 3) permit au vendeur d'un fonds de commerce de faire ordonner par le juge civil des Référés la main-levée de l'opposition qu'un créancier avait pu faire au paiement du prix de vente du dit fond.

Fallait-il considérer ces textes comme implicitement abrogés par la loi sur le Référé Commercial?

On sait, d'autre part, que sous l'empire de diverses considérations, des procès commerciaux par leur

nature font partie de la compétence d'attribution des tribunaux de Droit commun. Après la loi du 11 mars 1924, on fut amené à se demander à quel juge il appartiendrait désormais d'ordonner les mesures urgentes nécessitées par ces procès.

Les deux séries de conflits que nous venons d'indiquer sont les plus importants mais non les seuls.

En présence d'une difficulté née d'un acte mixte ou d'un acte dont la nature est douteuse, une question préalable de compétence se posera pour les mesures urgentes comme pour le fond du Droit. Ainsi certains textes récents ont donné au juge des Référés, sans autre précision, de larges pouvoirs en matière de sursis au paiement de certaines dettes. Pour les dettes commerciales tiendra-t-on compte de ce que le sursis est une mesure touchant à l'exécution, et par conséquent réservée au juge des Référés civils, ou de ce que la dette est commerciale et relève de la juridiction consulaire?

Les sources de conflits sont donc plus nombreuses qu'on serait tenté de le croire au premier abord. Mais l'étude de ces conflits ne s'arrête pas là.

A supposer que le plaideur se soit trompé et se soit adressé au juge des Référés incompétent, suivant quelles règles faudra-t-il rejeter ou admettre cette prorogation de compétence? C'est la deuxième question qu'il conviendra d'examiner.

Et ceci nous conduit au plan suivant.

Après avoir brièvement rappelé les principes admis avant la loi de 1924 en ce qui concerne la compétence du juge des Référés Civils, nous exami-

nerons cette loi et les nouveautés qu'elle apporte dans notre procédure.

Nous examinerons ensuite les sources de conflits entre les deux juridictions de Référé et les solutions qu'il convient de leur donner.

Nous réserverons une troisième partie à la sanction des règles de compétence ainsi dégagées.

PREMIÈRE PARTIE

De la Compétence du Président du Tribunal Civil statuant en Référé

CRÉATION DU RÉFÉRÉ COMMERCIAL

CHAPITRE PREMIER

Des principes admis avant la Loi du 11 Mars 1924 en ce qui concerne la Compétence du Juge des Référés Civils

Le législateur qui a décidé d'introduire dans le Code de 1807 une procédure analogue à celle existant devant le lieutenant civil du prévôt de Paris [1] semble bien avoir considéré cette juridiction comme une émanation, un démembrement du Tribunal de Première Instance près duquel il l'instituait. Si bien qu'il vient naturellement à l'esprit de rapprocher cette institution de celle que certaines organisations font d'un bureau, d'un administrateur, d'un organe permanent quelconque dont le rôle est d'expédier les affaires courantes qui ne présentent ni grand intérêt ni grandes difficultés de trancher les questions urgentes; ou encore de voir dans le juge des

(1) Cette procédure était elle-même passée dans la loi écrite par ordonnance de 1685.

Référés, un peu audacieusement peut-être, le « fondé de pouvoirs » du Tribunal Civil.

Or, un fondé de pouvoirs ne reçoit jamais qu'une partie des pouvoirs de celui qu'il seconde. Cette limitation, de caractère subjectif en quelque sorte, s'ajoute à la limitation de nature objective provenant de ce que l'organisation dont il dépend exerce une activité spécialisée, pour restreindre sa faculté de prendre des décisions valables.

Il n'en est pas autrement du juge des Référés, que l'on peut par ailleurs comparer à un administrateur judiciaire dans la mesure où il fait acte de gestion de biens en prenant des décisions destinées à leur sauvegarde.

Nous pouvons donc prévoir que sa compétence limitée d'une part du fait des principes spéciaux à la matière par les bornes fixées à la juridiction dont il n'est qu'une annexe, dit-on, le sera d'autre part dans un cadre plus étroit, par ce fait que membre d'une institution, il ne saurait hériter d'une autorité que celle-ci est seule à pouvoir exercer pleinement dans la réunion de tous les éléments qui la constituent.

Ce dernier cadre ainsi imposé à la compétence du juge civil des Référés aura été tracé quand nous aurons résumé en une seule phrase les principes qu'énoncent les articles 806 et 809 du Code de Procédure civile : le juge des Référés ne statuera que sur des questions urgentes, pour ordonner des mesures provisoires qui ne devront pas faire préjudice au principal.

La qualité de l'affaire au sujet de laquelle est né le litige que l'on veut régler en Référé déterminera

l'autre cadre. Il ne suffira pas, pour que l'on puisse user de cette procédure expéditive, que l'on veuille faire prendre par le magistrat une mesure urgente. Il faudra aussi que le fond de la constatation entre dans la compétence du Tribunal civil. Autrement dit, le juge des Référés ne saurait avoir une compétence plus vaste que la juridiction dont il est issu. C'est ainsi que l'on dut admettre que le Tribunal civil étant incompétent en matière commerciale, le juge des Référés le serait forcément aussi. « Considérant que le juge des Référés, peut-on lire dans un arrêt de la Cour de Rennes du 13 janvier 1913, n'est qu'une émanation du Tribunal civil, et que sa compétence est soumise aux règles qu'applique ce tribunal lui-même... [1] »

Ce principe n'a pourtant pas été unanimement accepté, et, dès avant 1924, doctrine et jurisprudence comptaient toutes deux des partisans de théories opposées qui faisaient valoir d'excellents arguments [2].

Cette discussion s'amplifiait du reste en une controverse bien plus vaste que l'on peut résumer ainsi : « Le juge des Référés est-il compétent pour statuer sur une question en dehors de la compétence du Tribunal civil? ».

Différents systèmes furent soutenus au sujet de la catégorie des litiges la plus éloignée des questions

---

(1) Le Droit, 17 avril 1913. Dans le même sens : Cass. Civ., 25 juillet 1895. S. 1895.1.333. — Bordeaux, 13 août 1906. S. 1907.2.92. — Cass. Civ., 17 mai 1922. S. 22.1.267. — Paris, 19 octobre 1925. S. 26.2.25.

(2) Glasson, Tissier et Morel, *Traité théorique et pratique de Procédure Civile* T. II, nos 322 et 323. — Garsonnet et C. Bru. T. VIII, n° 195. — Ponelle, *Le Référé en Cour d'instance.* Thèse Paris, 1934.

civiles, les litiges administratifs. Des opinions divergentes s'affrontèrent également en ce qui concerne les matières relevant de la justice de paix et de la juridiction répressive.

Section I

THEORIE SUIVANT LAQUELLE LE JUGE DES REFERES SERAIT LE JUGE DE L'URGENCE DANS TOUS LES CAS

Principe : On peut venir devant le juge des Référés dès que le caractère d'urgence existe, alors même que la contestation par sa nature appartiendrait à une autre juridiction, fût-elle commerciale, arbitrale, répressive ou administrative [1].

La question ne se pose évidemment pas dans les mêmes termes pour les différents genres d'affaires. Cependant on voit l'importance de la solution qui peut être donnée à la controverse dans les affaires administratives. Si on les fait entrer dans la compétence du juge des Référés, on ne peut manifestement pas en tenir écartés les litiges commerciaux, beaucoup moins éloignés par leur essence des questions civiles. Thiercelin [2] soutint cette compétence. Il ne faisait d'ailleurs que reprendre une théorie déjà soutenue par Bertin, mais en l'étendant.

---

(1) Cass. Civ., 11 nov. 1867; S. 1868.1.69. — Cass. Civ., 27 janv. 1879; D. P. 1879.1.212.

(2) Paris, 26 décembre 1857; S. 1858.2.305, avec une note résumant les théories de Thiercelin et Bertin.

Bertin prétendait qu'en investissant le Président du Tribunal Civil du pouvoir de statuer en Référé sur tous les cas d'urgence, l'article 806 du Code de procédure civile posait une règle générale qui ne souffrait pas d'exceptions. Cela résultait de l'expression employée : « Dans tous les cas d'urgence... », et aussi de la disposition de l'article 57 du décret du 30 mars 1808 : « Le Président du Tribunal tiendra l'audience des Référés à laquelle seront portés tous les référés, pour quelques causes que ce soit ». D'autre part, il remarquait que les magistrats de l'ordre administratif n'ont pas reçu de la loi un pouvoir analogue à celui que donne au Président du Tribunal Civil l'article 806 du Code de procédure civile. Mais Bertin refusait au juge des référés en cette matière le droit de prendre des mesures provisoires pour faire cesser le dommage qu'il constatait [1]. Thiercelin, au contraire, pense que ces mesures ne peuvent préjuger le fond, et par conséquent ne méritent pas la critique qu'on leur a adressée de faire bon marché du principe de la séparation des pouvoirs.

On comprend combien plus facilement a été acceptée l'idée d'une compétence du juge des Référés civils étendue aux affaires commerciales.

Un arrêt de la Cour de Rouen du 3 décembre 1867 [1] résume les principaux arguments des partisans de cette extension : « ....Attendu qu'aucune disposition analogue ne confère une semblable juridiction au Président du Tribunal de Commerce dont tous les pouvoirs se bornent aux termes de l'article 417 et de l'article 418 précités (du Code de Procédure civile) à

(1) S. 1868.2.226.

rendre des ordonnances permettant d'assigner à bref délai, ou de pratiquer une saisie d'effets mobiliers..., qu'un pouvoir aussi limité est loin de répondre aux nécessités de l'urgence..., qu'on ne saurait donc admettre que dans les matières commerciales plus urgentes par leur nature que les questions civiles, le Référé fût interdit..., qu'en outre les articles 807 et 808 placés à la fin de la première partie du Code couvrent évidemment l'ensemble de la juridiction qui les précède... »

Cette argumentation se trouve complétée par un arrêt de la Chambre Civile de la Cour de Cassation du 1er décembre 1880 : « ...Des difficultés matérielles se rencontrent pour la constitution du tribunal et la réunion des juges; la solennité des audiences, la forme à suivre ne sont pas compatibles avec la nature des demandes portées en référé... Les tribunaux de commerce ne pouvant connaître de l'exécution de leurs jugements c'est le Tribunal Civil qui peut statuer sur les difficultés nées de cette exécution. Si le juge civil est compétent pour statuer sur les difficultés postérieures au jugement, pourquoi ne le serait-il pas également pour les difficultés qui le précèdent?... Attendu que le juge compétent pour statuer au fond est, par là même, compétent pour statuer sur le provisoire. Attendu... que les articles 806... ne dérogent pas à cette règle... » [1].

On arguait encore : les tribunaux consulaires, même dans les cas où ils seront saisis rapidement, devront examiner au fond la question litigieuse, ce qui retardera la solution. Le juge des Référés ne

(1) S. 1886.1.148.

prendra jamais parti sur le fond même, qu'il n'aura par conséquent pas besoin d'examiner avec soin.

Ou bien on s'étonnait que pour ordonner une mesure conservatoire urgente il fût besoin de trois juges.

Enfin, les auteurs pensaient avec raison qu'il était difficile de considérer le tribunal de première instance d'un arrondissement comme incompétent « ratione materiæ », par rapport aux litiges commerciaux, alors que dans la circonscription voisine, qui n'a peut-être pas de Tribunal de Commerce, les affaires commerciales sont portées devant le Tribunal Civil de première instance.

Auquel cas on peut retourner l'argument cité précédemment, qui consistait à dire : « Le juge des Référés ne saurait posséder une compétence plus vaste que celle de la juridiction dont il est issu », et soutenir que, puisque le Tribunal Civil juge les affaires commerciales là où il n'y a pas de tribunaux consulaires, le président du tribunal statuant en référé devra nécessairement en connaître au provisoire en tant qu'affaire soumise au fond au Tribunal Civil. Il semble qu'aux yeux de la loi ce dernier ait en principe l'aptitude nécessaire pour connaître des litiges de nature commerciale aussi bien que des matières civiles. Ce serait seulement dans l'intérêt des justiciables, et pour la plus prompte expédition des affaires, que celles-ci sont réparties dans les arrondissements où elles sont les plus nombreuses, entre les deux juridictions. Or, si le juge des Référés, émanation du Tribunal de première instance, a pour rôle de l'aider, de le seconder dans toutes les questions où il peut connaître et où des mesures urgentes doivent

être prises sans tarder, il ne faut pas s'étonner de retrouver ce germe de compétence accordé au Tribunal Civil (on dit qu'il a plénitude de juridiction), chez le juge qui en est issu. L'urgence vient alors, dans la mesure où elle ne recevra pas satisfaction par les moyens de la procédure commerciale, justifier l'intervention de ce dernier.

Pourtant, pour certains, la juridiction des Référés n'était pas une annexe du Tribunal Civil, mais constituait une juridiction bien séparée, tout à fait spéciale [1]. Il est certain que dans ce cas on ne saurait pas plus que précédemment exclure de son domaine de compétence les litiges sur des actes de commerce qui, avant tous autres, ont besoin d'être rapidement tranchés. On s'appuiera seulement sur cette idée qu'on se trouve en présence d'une juridiction particulière qui a sa raison d'être dans la situation exceptionnelle créée par l'urgence. Le juge se voit muni dans ce cas d'un pouvoir qui n'a rien à voir avec le caractère civil ou commercial du litige [2].

Notons qu'on avait également admis en matière d'action civile portée devant le tribunal répressif que le juge des Référés pût parfois intervenir valablement.

Ce faisant, on ne violait nullement la règle « Una via electa... », puisque la demande n'est pas

---

(1) Ch. des Req., 8 mai 1916. — D. P. 1916.1.73.

(2) Glasson et Colmet-Daage, *Traité théorique et pratique de Procédure Civile* (1908), p. 473 : En tant qu'il statue en Référé, le Président du Tribunal Civil n'est pas plus un juge civil qu'un juge consulaire... »

la même devant les deux juridictions [1]. Au juge des cas urgents on demande des mesures urgentes et provisoires. Du tribunal on sollicite l'octroi d'une certaine somme à titre de dommages-intérêts. La question sort d'ailleurs du domaine qui nous intéresse du seul fait que ce sont les mêmes magistrats qui siègent au Tribunal Civil et au Tribunal répressif, et que par conséquent le président du tribunal qui aura ordonné une mesure urgente pourra être appelé à siéger au tribunal qui statuera au fond [2].

Section II

THEORIE SUIVANT LAQUELLE LE JUGE DES REFERES CIVILS NE SAURAIT CONNAITRE DES CAS D'URGENCE A L'OCCASION DE LITIGES QUI SORTENT DE LA COMPETENCE NORMALE DU TRIBUNAL CIVIL

La théorie extensive de la compétence du juge des Référés, juge de tous les cas d'urgence, ne pouvait durer longtemps. Au point de vue doctrinal, elle s'appuyait seulement sur un manque de précision de la loi qu'elle interprétait avec une largeur de vue nettement exagérée. Au point de vue pratique, elle

---

(1) La règle *Una via...* est ici considérée dans son domaine normal d'application. Nous verrons qu'on l'étend parfois aux rapports des juridictions civiles et commerciales. — Cf. *infra*, p. 180.

(2) Ch. Crim. 19 nov. 1861. — D. P. 1862.2.255. — Paris, 4 déc. 1874; S. 1875.2.169. — Ch. Crim. 19 mai 1895; D. P. 1895.1.405.

écrasait le magistrat sous une avalanche d'affaires vraiment excessive. Cependant, la jurisprudence ne l'abandonna que par étapes.

Elle commença par proclamer l'incompétence du juge des Référés en matière administrative [1], se fondant surtout sur le principe de la séparation des pouvoirs judiciaires et administratifs.

Puis le problème se posa pour les questions dont devaient connaître les juges de paix.

Un arrêt de la Cour d'Amiens du 22 décembre 1869 [2] avait posé en principe que l'article 806 du Code de Procédure Civile donnait au Président du Tribunal Civil le droit de statuer en Référé dans tous les cas d'urgence, exception faite des matières administratives. Il décidait qu'en conséquence un litige de la compétence du juge de paix, tel qu'une action pour dommage aux champs, aux fruits, une expertise pouvait être ordonnée en référé. Mais sur le pourvoi la Chambre Civile de la Cour de Cassation a jugé le contraire, déclarant que les articles 806 et suivants du Code de Procédure ne s'appliquaient pas aux questions relevant de cette juridiction, parce que en ces matières il a été spécialement pourvu aux cas d'urgence par l'article 6 du même Code [3].

Un dernier pas restait à franchir : devait-on étendre aux matières commerciales les principes qui

---

(1) Ch. Civile de la Cour de Cass., 13 juillet 1871; S. 1871.1. 83. — Cass. Civ., 18 décembre 1872; D. P. 1873.1.129. — Rennes, 5 janvier 1858; S. 1859.2.375. — Bordeaux, 26 juin 1899; S. 1900.2.250.

(2) S. 1873.1.153. — Cf. également Cass. Civ., 20 fév. 1882. S. 1885.1.58.

(3) S. 1894.1.414

avaient dicté les décisions prises en matière administrative et de justice de paix?

N'y aurait-il que la personnalité du magistrat lui-même que cela constituerait déjà une sérieuse présomption. Mais deux constatations peuvent encore nous ancrer dans cette conviction. En premier lieu, prenons le cas d'une question délicate dans son principe et grave dans ses conséquences. Le Président du Tribunal Civil pourra renoncer à trancher lui-même le différend, et, dans ce cas, il renverra la cause en état de référé devant le Tribunal tout entier. S'il n'était pas un délégué de cette juridiction on comprendrait à la rigueur qu'il prît avis d'autres juges par exemple, mais non pas qu'il se dessaisisse de l'affaire pour lui faire changer de juridiction. En second lieu, il faut se souvenir que l'appel des ordonnances du Président de première instance statuant comme juge de cette juridiction spéciale est déféré à la Cour d'Appel.

L'administration d'une bonne justice exige que chaque juridiction ait des attributions nettement déterminées et parfaitement distinctes. Aussi le législateur a-t-il spécifié avec soin les matières devant ressortir à chacune des juridictions créées par nos lois d'organisation judiciaire. Pour être réelle et complète, cette distinction doit porter non seulement sur la décision finale, mais encore sur les mesures urgentes, sur les mesures de constatation, d'instruction, à prendre au cours de l'instance, ou avant son introduction dans la forme ordinaire, que ces mesures soient ordonnées par le Tribunal lui-même ou par son organe, le juge des Référés.

Les pouvoirs donnés à ce juge de prescrire des mesures urgentes pour des contestations qu'il ne pourrait concourir à juger au fond seraient en contradiction manifeste avec ce principe général. Il faudrait pour admettre cette dérogation un texte précis, il faudrait que la loi ait institué la juridiction des Référés comme seule et unique pour tous les cas d'urgence, et qu'on put la considérer comme ayant une compétence sans limite dans ce domaine. Or il n'en est pas du tout ainsi. Le caractère exclusivement civil du Référé s'explique par ce fait auquel il faut en définitive revenir, que la procédure civile est une procédure ancienne. Pour tourner sa complication et ses lenteurs, il était naturel de placer près d'elle une institution qui n'en fût qu'une délégation et qui permît par exemple de réduire les délais et les frais qu'entraînent l'obligation de former avoué des deux côtés, la communication des pièces, bref toutes les formes de la procédure qu'on ne pouvait éviter sans cela, même pour une nomination d'expert ou une autorisation d'exécuter des travaux urgents. Ces formes n'existent pas pour la plupart devrant les Tribunal de Commerce.

De plus, on ne peut tout de même pas dire que le Président du Tribunal Civil exerce par délégation les pouvoirs du Tribunal de Commerce, ni que, bien que la loi ait estimé opportun de faire juger par ce tribunal spécial les affaires commerciales, elle n'en a pas moins investi le Président du Tribunal de Première Instance du droit d'ordonner en cette matière des mesures provisoires qui, en raison des nécessités pressantes, devront être prescrites en prenant en grande considération la nature et la spé-

cialité du litige. La saine raison semble bien contraire à une semblable opinion.

D'autre part, ceci n'aurait pu être admis qu'autant que les cas d'urgence qui peuvent exiger des décisions rapides dans les affaires dévolues aux juridictions spéciales n'eussent pas été prévus par la loi. Or celle-ci a armé dans ce but ces juridictions de pouvoirs précis. C'est ce que l'article 6 du Code de Procédure fait en ce qui concerne les juges de paix. Pour les matières commerciales il n'en est pas autrement. D'après l'article 417 du Code de Procédure Civile, le Président du Tribunal de Commerce peut permettre d'assigner d'heure à heure, de saisir les effets mobiliers des débiteurs. Les ordonnances sont dans ce cas exécutoires nonobstant opposition ou appel. L'imprécision du texte permet une facile extension que la pratique ne s'est pas fait faute de pousser jusqu'à ses plus extrêmes limites. L'article 418 du même Code autorise d'autre part, pour les affaires maritimes, l'assignation d'heure à heure sans ordonnance. Rien assurément de plus prompt et de plus approprié aux besoins soudains et urgents.

Il faut aussi souligner l'expression « matières urgentes et provisoires » employée dans l'article 418. Elle vise explicitement les affaires qui au civil font l'objet des référés. Le législateur semble donc distinguer très nettement affaires civiles et affaires commerciales pour lesquelles il prend des mesures spéciales quand il craint que la procédure des Tribunaux de Commerce, conçue pourtant avec le souci de la simplicité et de la rapidité, ne se révèle encore trop lente. Les dispositions spéciales prises par le légis-

lateur feraient dans ces conditions double emploi avec celles de l'article 806 du Code de Procédure Civile si le Référé s'appliquait aux causes commerciales.

D'ailleurs la nécessité de mesures urgentes ne sera-t-elle pas bien mieux appréciée par le juge du fond qui pourra statuer sur la contestation même immédiatement et rendre, par la rapidité de sa décision, les mesures provisoires inutiles. Sans compter que bien souvent l'assignation seule, en engageant le litige, arrêtera les entreprises de la partie adverse qui, si elle persistait malgré l'avertissement et l'appel en justice qui lui sont faits, doit craindre de faire preuve de mauvaise foi et d'empirer sa situation. Même si cet heureux événement ne se produit pas, tant il est vrai que l'entêtement a toujours été le plus grand défaut des plaideurs, on aura tout de même l'avantage, ainsi que nous le disions plus haut, d'obtenir une mesure définitive au lieu d'une mesure provisoire [1].

En faisant abstraction de la célérité suffisante de la procédure commerciale qui permettra de plus que soit appréciée d'une façon exacte, plus autorisée, la nécessité de recourir à des mesures provisoires sou-

(1) Un arrêt de la Cour d'Amiens du 26 juin 1875 résume la question : « Considérant qu'il est de principe général que le juge du fond soit juge du provisoire. Qu'il n'a pas été fait d'exception à ce principe en matière de référé. Considérant que la justice civile des référés n'est qu'un accessoire de la procédure ordinaire... et que sa compétence ne s'étend pas au delà des matières soumises par la loi au Tribunal de Première Instance. Que cela est si vrai que dans les procès attribués aux autres juridictions, Tribunaux de Commerce et Justice de Paix, il est pourvu d'une manière spéciale au mode suivant lequel il est statué sur de telles difficultés. » — D. P. 1876.2.68.

vent délicates, que seule l'expérience des juges leur permettra de doser, il resterait un dernier avantage suffisant à lui seul pour justifier que l'on n'accorde pas au juge des Référés de statuer sur des questions commerciales, c'est celui d'éviter ainsi les pérégrinations d'une autorité judiciaire à l'autre, et avec elle, la contrariété possible non seulement des motifs des décisions, mais encore des décisions elles-mêmes. Il est en effet indéniable qu'entre les deux juridictions il pourra y avoir fréquemment divergence dans la façon d'apprécier une même affaire, et partant, dans le choix de la solution à lui apporter. Il est peut-être normal qu'il y ait plusieurs solutions et plusieurs moyens d'y arriver, encore est-il indispensable, une fois le choix fait, de s'y tenir.

Depuis longtemps cette théorie est très généralement admise [1]. Nous avons insisté sur les raisons que l'on pouvait faire valoir en sa faveur pour bien faire comprendre que si on admet, comme cela semble indiscutable, à la base des Référés le principe que cette juridiction n'est qu'une émanation du Tribunal Civil, on ne saurait étendre sa compétence aux

---

(1) Lyon-Caen et Renault, *Traité de Procédure Civile*, T. I, n° 419 *bis*. — Garsonnet et César Bru, *Traité théorique et pratique de Procédure Civile*, 2e éd. T. V., pages 105 et 106. — Glasson et Colmet-Daage, *Précis Théorique et Pratique de Procédure Civile*, 2e éd. T. II, n° 1437, page 531.

Cour de Paris. 9 mars 1883; S. 1884.2.102, Contestation relative à l'administration, à la liquidation et à la mise sous séquestre d'une société commerciale. — Cass. Civ., 25 juillet 1895; S. 1895.1.333. — Cass. Civ., 1er décembre 1880; D. P. 1880.1.5. — Alger, 27 avril 1904; D. P. 1905.2.310. — Le Havre, 12 décembre 1915; S. 1917.2.25. — Lyon, 25 mai 1910; S. 1911.2.3. — Cass. Req. 8 février 1921; S. 1922.1.76. — Riom, 30 octobre 1923; S. 1924.2.70. — Cass. 14 janvier 1923; S. 1924.1.49; D. P. 1924.1.55.

matières commerciales quelque désir qu'on en ait. Ceci explique que devant les exigences de la pratique le législateur dut intervenir, et qu'il le fit suivant un processus habituel, d'abord dans des cas particuliers, puis en posant une règle générale.

Les développements faits dans ce paragraphe et dans le précédent nous auront par ailleurs permis de mettre en lumière certains principes et de dégager certains arguments dont nous aurons à nous servir lors des discussions soulevées par les conflits de compétence.

CHAPITRE II

L'Institution du Référé Commercial

En instituant la procédure du Référé, le législateur avait voulu prendre une mesure générale pour répondre aux nécessités de l'urgence que pouvait poser n'importe quelle affaire civile. En même temps, il s'efforçait d'établir une procédure commerciale suffisamment prompte pour qu'il ne fût pas besoin d'annexer au Tribunal de Commerce une telle juridiction. On ne pouvait évidemment pas prévoir à ce moment l'énorme développement de l'activité économique et l'hypertrophie des échanges commerciaux que devaient provoquer les découvertes scientifiques modernes. Inévitablement l'extension du domaine économique et commercial, la surexcitation chronique qui y règne devaient bien vite faire paraître nettement insuffisants les moyens juridiques que le législateur avait prévus pour qu'il soit donné une solution rapide aux difficultés nées du trafic commercial. Si des hommes qui considéraient comme mortelle la vitesse de quatre-vingts kilomètres à l'heure, pou-

vaient s'en contenter, il est hors de doute que, aujourd'hui, ils paraissent d'autant plus déficients que, dans la pratique, nombre de contingences sont venues freiner considérablement l'application de cette procédure alerte dans son principe surtout, et si Touleau avait pu dire dans ses instituts de Droit consulaire : « L'abréviation et prompte exécution des procès est le principal motif de l'érection des juges et consuls, cela doit faire une de leurs grandes applications [1] », il n'en est pas moins vrai que bien vite la pratique s'efforça, nous l'avons vu, d'étendre la procédure du Référé aux affaires commerciales.

Le législateur lui-même en vint rapidement par deux séries de dispositions à suppléer à l'insuffisance indéniable de la procédure commerciale qu'il reconnaissait ainsi implicitement.

Par une première sorte de dispositions, il attribuait au Président du Tribunal Civil le pouvoir de statuer sur des difficultés présentant un caractère d'urgence, nées au sujet d'affaires de nature commerciale et dont le fond sera normalement porté devant la juridiction consulaire. Ce sont ces dispositions qui, dans la mesure où on estime qu'elles n'ont pas été abrogées par la loi du 11 mars 1924, suscitent d'épineux conflits de compétence entre juge civil et juge commercial. Nous aurons donc à y revenir assez longuement dans la deuxième partie de notre travail pour qu'il ne soit pas utile que nous y insistions ici.

Au reste, ce faisant, le législateur reconnaissait sans aucun doute que la procédure commerciale ne répondait pas toujours à ce que l'on en attendait, mais

(1) Livre I. Titre I.

ne faisait nullement prévoir que bientôt le Président du Tribunal de Commerce serait lui aussi érigé en juge des cas urgents.

C'est au contraire ce que pouvait laisser espérer une seconde série de mesures législatives par lesquelles étaient accordées au magistrat consulaire certaines prérogatives que nous étudierons maintenant parce qu'elles constituent autant de signes précurseurs de la prochaine création du Référé Commercial.

Après quoi nous examinerons brièvement la loi du 11 mars 1924 et les nouveautés qu'elle a introduites dans notre procédure.

Section I

DES AVANT 1924, LE PRESIDENT DU TRIBUNAL DE COMMERCE REÇOIT UN POUVOIR SPECIAL EN CERTAINES MATIERES COMMERCIALES

§ I

Le Président du Tribunal de Commerce accorde certaines autorisations de saisir

Devant les Tribunaux de Commerce le délai de comparution est, on le sait, de un jour franc (articles 416 et 1033 du Code de Procédure Civile). Ce n'est pas encore assez bref. Le législateur a dû tenir compte de ce que, en matière commerciale, le deman-

deur a souvent besoin d'une justice très prompte car il risque de voir son débiteur s'enfuir ou mettre ses valeurs hors d'atteinte (valeurs ou objets mobiliers quelconques). Aussi a-t-il prévu l'assignation d'heure en heure soit sur permission du juge, soit même, pour les affaires maritimes, d'office, sans permission du juge. La condamnation sera ainsi plus vite obtenue. Mais le peu de temps laissé au débiteur ne sera-t-il pas encore suffisant pour qu'il puisse faire disparaître son avoir mobilier?

L'article 417 du Code de Procédure Civile accorde pour l'éviter le droit au demandeur de saisir conservatoirement les effets mobiliers de son débiteur. D'autre part, l'article 172 du même Code prévoit la saisie des effets mobiliers des tireurs, accepteurs et endosseurs d'une lettre de change protestée faute de paiement. Le demandeur est ainsi assuré de pouvoir faire exécuter sur eux le jugement de condamnation s'il obtient gain de cause. Pour que le Président autorise cette saisie, il faut qu'il y ait « péril en la demeure », dit-on souvent. Et on peut lire sous la plume de MM. Lyon-Caen et Renault [1] la phrase suivante : « Le pouvoir conféré au Président du Tribunal d'autoriser l'assignation de jour à jour et même d'heure à heure supplée dans une certaine mesure au Référé. » Le but est sans discussion possible le même. Il reste que la disposition prise par le juge ne le sera pas contradictoirement, et que les difficultés soulevées par la saisie seront portées devant le Tribunal de Commerce. — Notons que le

(1) *Traité théorique et pratique de Droit commercial*, 2e éd., p. 540.

magistrat peut exiger un cautionnement. Cependant, nous disent les mêmes auteurs, « le besoin de célérité et la nature des affaires commerciales empêchent qu'on puisse exiger une preuve complète et rigoureuse de solvabilité [1] ». Il n'en reste pas moins vrai que la Cour de Cassation peut, sur une ordonnance rendue sur simple requête autorisant saisie conservatoire d'un navire, prononcer sur opposition la mainlevée de la saisie sous condition que le capitaine du navire fournira caution [2]. Il revient donc sur une décision et statue en sens différent après avoir entendu les parties. N'est-ce pas là un véritable Référé avant la lettre?

§ II

Autres cas où le Président du Tribunal de Commerce se voit attribuer une compétence spéciale

Nous avons dit que le juge des Référés Civils était parfois considéré comme un administrateur judiciaire parce qu'il faisait en certaines circonstances acte de gestion de biens, en prenant des mesures pour leur sauvegarde. On ne peut s'empêcher de rapprocher ce rôle du juge des Référés civils de celui que l'article 106 du Code de Commerce donne au Président du Tribunal de Commerce. Celui-ci doit nommer des experts au cas de refus ou de contestation pour la réception d'objets transportés, et ordonner le dépôt de ces objets dans un entrepôt public.

---

(1) Cf. Cass. Req., 16 juin 1920; S. 1922.1.51.
(2) Cass. Civ., 16 juin 1920; S. 1922.1.51.

L'expertise de l'article 106 est une mesure conservatoire qui n'est pas soumise à toutes les formalités et conditions prescrites pour les expertises ordinaires; notamment à l'obligation pour le voiturier qui la requiert d'y appeler les parties.

Le voiturier peut se faire autoriser à vendre les marchandises jusqu'à concurrence de la voiture. Certes il n'y a pas de débat contradictoire, mais on serait tenté de penser que le Président du Tribunal de Commerce a en somme pour mission implicite de sauvegarder, en s'inspirant de l'équité, les intérêts de la partie absente, surtout si on se souvient que le Président peut parfois nommer un juge pour assister à l'expertise, lequel juge aura pour rôle de veiller à ce que la partie adverse ne soit pas frustrée [1].

Second cas, cas prévu par les textes : quand le destinataire refuse de recevoir des marchandises transportées par mer, le Président du Tribunal de Commerce autorise le capitaine soit à en vendre une partie pour le paiement de son fret, et à déposer le surplus (article 305 du Code de Commerce), soit à les déposer en mains tierces jusqu'à paiement du fret (article 306 du Code de Commerce).

Dans un autre ordre d'idée, c'est encore le même juge qui nomme à la requête de tout intéressé, c'est-à-dire tout actionnaire, créancier ou administrateur, après que les administrateurs ont été dûment appelés, des commissaires pour une société anonyme quand il

---

(1) La loi du 12 février 1927 (Lois nouvelles, 3e partie, page 225) modifie l'article 106 en étendant le droit de demander au Président du Tribunal de Commerce la nomination d'un ou plusieurs experts.

n'en a pas été nommé par l'Assemblée générale des actionnaires, ou procède au remplacement, au cas de refus ou d'empêchement, d'un ou plusieurs commissaires nommés par cette Assemblée (loi du 24 juillet 1867, article 32).

Ce n'est là qu'une reproduction de l'article 15 de la loi du 23-29 mai 1863 sur les Sociétés à responsabilité limitée.

Le but de l'institution des commissaires est de surveiller les administrateurs dans leur gestion des intérêts sociaux. Ils peuvent prendre connaissance des livres, examiner les opérations de la Société, et convoquer au besoin l'Assemblée générale des actionnaires. Ils veillent donc sur les intérêts des actionnaires qui ne sauraient individuellement suivre de près la marche de la Société. Or, il peut arriver pour quelque raison qu'un des commissaires fasse défaut. Tout intéressé pourra alors s'adresser au Président du Tribunal de Commerce pour en faire nommer un autre. Mais une chose est remarquable dans les dispositions de la loi, c'est qu'elle spécifie que les administrateurs seront appelés. Or nous savons qu'en principe, lorsqu'un Président de tribunal, qu'il soit civil ou commercial, statue par ordonnance au pied d'une requête, on n'appelle jamais la partie contre laquelle la mesure est prise. Celle-ci peut seulement, devant le magistrat civil, venir en référé dans certaines conditions. Evidemment, ici, ce n'est pas à proprement parler contre les administrateurs que la mesure sera édictée, mais ils y sont tout de même intéressés au premier chef, et ce ne sera pas forcément la même personne que administrateurs et actionnaires auront le désir de voir nommer commis-

saire par le juge. Il y a donc là une indication dès à présent à retenir.

Pour expliquer cette attribution de compétence au Président du Tribunal de Commerce on en est réduit à faire des déductions aussi logiques que possible, car les articles 15 de la loi du 23 mai 1863 et 32 de la loi du 24 juillet 1867 ont été adoptés sans discussion et les rapports et exposés des motifs ne s'étendent pas davantage sur le sujet. On a sans doute pensé qu'il était exagéré de convoquer l'Assemblée générale des actionnaires exprès pour nommer ou pour remplacer un commissaire, et cependant il fallait que celui-ci (ou ceux-ci) fussent nommés avec un minimum de garanties. On a choisi le magistrat qui réunissait l'expérience, l'intégrité et la rapidité de décision désirable.

Enfin Lyon-Caen et Renault [1] prétendent qu'il y a des « textes légaux obscurs », et que par suite on peut discuter pour savoir si c'est le Président du Tribunal de Commerce ou le Tribunal tout entier qui statue. Cela se produit au cas de perte d'une lettre de change ou d'un billet à ordre (articles 143 et 152 du Code du Commerce), d'un récépissé ou d'un warrant (loi du 28 mai 1858, article 12). On y parle d'une « ordonnance du juge ». Qui est le juge? Ces savants auteurs penchent vers la compétence du Président, parce que « il faut en ces matières une grande simplicité de forme en même temps qu'une grande célérité. Ces deux buts ne peuvent être atteints que par l'intervention d'un magistrat unique » [2].

---

(1) Lyon-Caen et Renault. *Tr. cité*, nos 419 et suivants.

(2) La loi belge du 20 mai 1872 a tranché la question dans ce sens.

Cette appréciation peut s'appliquer à tous les cas où le Président du Tribunal de Commerce reçoit une compétence spéciale pour statuer par ordonnance au pied d'une requête.

Quant à la saisie admise par l'article 417 du Code de Procédure Civile, elle constitue une mesure conservatoire, non une mesure d'exécution. Elle ne permet pas au demandeur de faire procéder à la vente des effets saisis. Le Tribunal Civil devient compétent dès l'instant où le demandeur veut faire convertir la saisie conservatoire en saisie exécution.

Section II

DE L'INSUFFISANCE DES MESURES ISOLEES PRISES PAR LE LEGISLATEUR. ADOPTION D'UNE REGLE GENERALE LA LOI DU 11 MARS 1924

Les quelques tentatives de la pratique et de la jurisprudence pour étendre la procédure du Référé aux matières commerciales, les dispositions spéciales prises par la loi pour obvier dans une certaine mesure au défaut de cette procédure près des tribunaux consulaires indiquaient, sans doute possible, que ce défaut se faisait nettement sentir. Cela n'empêchait d'ailleurs pas qu'on soutint bien souvent, par attachement sans doute aux principes préétablis, que la procédure devant les tribunaux de commerce joignait à sa simplicité et à son caractère peu onéreux une suffisante célérité pour constituer une procédure idéale dans la majorité des cas. Mais cette fiction ne

pouvait avoir aucun crédit près de ceux qui se voyaient chaque jour en but aux difficultés des affaires.

Les ordonnances que le Président du Tribunal de Commerce avait été autorisé à rendre étaient utiles, mais résultaient d'un pouvoir attribué discrétionnairement et spécialement par la loi. Elles ne pouvaient intervenir en dehors de cas strictement déterminés.

Dans cette mesure elles constituaient tout de même, répétons-le, une sorte de reconnaissance de l'insuffisance de la procédure commerciale, elles créaient en quelque sorte un embryon de Référé. Les motifs de la loi du 11 mars 1924 le reconnaissent d'ailleurs [1]. « Mais en outre la voie du Référé est déjà ouverte au Président du Tribunal de Commerce pour les contestations relatives à la réception de marchandises expédiées à un négociant (article 106 du Code du Commerce), pour les difficultés concernant l'apposition et la levée des scellés et l'inventaire en matière de faillite et de Société commerciale » [2].

Ces ordonnances permettaient, dans les cas où la loi les autorisait, d'agir rapidement certes, mais, d'une part, elles étaient loin de suffire à tous les besoins des justiciables pressés; d'autre part, il est indéniable que la procédure des Référés présentait des avantages en quelque sorte spécifiques.

C'est ainsi que les ordonnances de Référé échappent à la voie de l'opposition, tandis que les jugements

---

(1) D. P. 1924.4.143.

(2) Trib. Civ. de Villefranche-sur-Saône, 28 mai 1926. Rev. Prat. de lég. et jur. du Trib. de Com. de la Seine, 1926, p. 137.

des tribunaux de commerce y sont soumis. Cette voie de recours n'aurait d'autre résultat que de retarder l'instance sans présenter d'utilité sérieuse (retard souvent prémédité au reste) [1]. Le juge des Référés peut ordonner l'exécution sur minute de ses ordonnances (article 819 du Code de Procédure Civile), pouvoir que n'a pas le Tribunal de Commerce. Les ordonnances de Référé sont de plein droit exécutoires par provision et sans caution, alors qu'en matière commerciale cette solution n'est pas unanimement admise [2]. Enfin, il arrive qu'en dehors de toute contestation actuellement engagée une affaire exige en vue de l'avenir certaines mesures d'instruction immédiates, telle qu'une expertise. On peut obtenir en Référé, pour ainsi dire sur-le-champ, la permission d'y procéder [3]. Cette ressource fera défaut aux tribunaux de commerce [4].

On comprend sans peine que, dès 1898, un projet de réforme du Code de Procédure Civile fut déposé

---

(1) C'est là un des rares cas où la loi a supprimé l'opposition aux jugements par défaut.

(2) Garsonnet et César Bru, *op. cit.*, 2e éd. T. VIII, n° 2989; 3e éd. n° 197. — Garsonnet. Tr. de Procéd. Civ. T. VI, § 1461. — Glasson, *Précis de Procédure Civile*, 1e éd. T. I., p. 322.

(3) C. d'Appel de Paris (Ire Ch.), 10 mars 1937; D. H. 1937, p. 210. « ...Considérant d'autre part que la Société... sollicitait du juge des Référés une mesure d'expertise ayant pour seul but des constatations matérielles dont l'urgence était incontestable; que une telle mesure ne préjugeait en rien le fond du Droit; que le refus de l'ordonner pouvait avoir pour résultat de mettre la Société... dans l'impossibilité de faire établir régulièrement une preuve contradictoire... »

(4) Sauf dans le cas spécialement prévu de l'article 106 du Code de Commerce qui n'est qu'une mesure d'instruction facultative préalable à une instance judiciaire. Cass. Civ., 4 février 1914; S. 1915.1.61.

à la Chambre des Députés par Dubost et Sarrien [1] (reproduisant sur ce point les dispositions d'un projet antérieur de Brisson et Dupuy-Dutemps), qui porte dans son article 1er que « ...il y a lieu à Référé en matière civile et commerciale ». L'article 2 dispose que la demande est portée à une audience tenue par le Président du Tribunal Civil. On estimait que seul ce magistrat avait une connaissance assez approfondie du droit, parce que magistrat de profession.

Ce projet fut repris par MM. Sarrien et Cruppi [2], puis par M. Viviani qui déposa, en décembre 1915, un projet qui est à la base de la loi du 11 mars 1924.

La loi du 11 mars 1924 [3] comprend un article unique ainsi conçu : « L'article 417 du Code de Procédure est complété par le paragraphe suivant : le Président du Tribunal de Commerce, ou le juge qui le remplace, pourra être saisi par la voie du Référé dans tous les cas d'urgence et à la condition qu'ils rentrent dans la compétence du Tribunal de Commerce... Les articles 807 et 811 du Code de Procédure Civile sont applicables aux Référés en matière commerciale ».

L'expression « dans tous les cas d'urgence » ne doit pas faire oublier que la procédure commerciale est elle-même destinée à donner des solutions rapides à des litiges qui, par leur nature, sont toujours plus

(1) *J. O.* Doc. Parlem., Chambre. Annexe n° 281. Séance du 25 octobre 1898.

(2) Déposé à la Chambre des Députés le 7 novembre 1911.

(3) D. 1924.1.142. — L. annotées 1924, p. 1.461. G. P. 24.3.1924. — Projet voté par la Chambre des Députés le 26.2.1919, puis par le Sénat avec modifications le 2.12.1920 (Annales du Droit Commercial 1921, p. 162). — Retour à la Chambre des Députés et vote par le Sénat le 26-2-1924.

ou moins urgents, qu'elle a été spécialement conçue dans ce but. Aussi sera-t-il normal que l'on ait à justifier d'une urgence plus caractérisée pour aller en Référé devant le juge consulaire que devant le juge civil. Le rapport de l'urgence exigible pour se présenter devant le juge des Référés commerciaux à celle exigible en matière civile pour faire appel à la juridiction correspondante sera, si l'on veut, égal à celui qui existe entre la rapidité de la procédure commerciale et celle de la procédure civile.

Dans chaque cas, le juge commencera à examiner attentivement la question pour apprécier si la procédure commerciale ordinaire ne suffirait à éviter tout préjudice et à sauvegarder les intérêts des parties en apportant en temps utile une solution. Par ailleurs, on ne trouve pas davantage en matière commerciale qu'en matière civile, une définition de l'urgence dont on fait cependant un critérium.

Section III

CAS DANS LESQUELS LA COMPETENCE DU JUGE DES REFERES COMMERCIAUX NE LAISSE AUCUN DOUTE

A priori, on peut énoncer en matière commerciale un principe analogue à celui énoncé en matière civile : le juge des Référés commerciaux constitue une émanation du Tribunal de Commerce.

Il est naturel d'en déduire que la compétence du Président du Tribunal de Commerce statuant en Référé sera une émanation de celle du Tribunal de Commerce. Elle aura proportionnellement la même

étendue. Elle sera soumise aux règles qui s'appliquent à la compétence du Tribunal lui-même [1].

Rien de plus raisonnable, par conséquent, pour se rendre compte de l'étendue du domaine de compétence de ce nouveau juge que de se reporter aux textes qui déterminent celui du Tribunal de Commerce, c'est-à-dire en particulier aux articles 631, 632, 633 du Code de Commerce. Dans les limites indiquées par ces textes on appliquera alors la règle générale : le juge des Référés connaît au provisoire de toutes les matières dont le tribunal, dont il est issu, connaît au principal.

Citons : « Les contestations relatives aux actes de commerce entre toutes personnes ». L'article 631 du Code de Commerce affirme ainsi que l'on doit s'attacher seulement au caractère intrinsèque de l'acte, non à la qualité des personnes qui l'accomplissent.

Les articles 631 et 632 du même Code indiquent par ailleurs les actes que la loi « répute actes de commerce ».

Pour tous ces actes, le Président du Tribunal de Commerce sera compétent dans tous les cas d'urgence, à condition évidemment de ne pas préjudicier au principal.

En tenant compte de ce que la compétence du Tribunal de Commerce a aujourd'hui, comme nous le disions plus haut, un caractère réel en ce sens que celui-ci connaît des contestations en raison de la nature des actes auxquels elles sont relatives sans tenir compte de la situation des parties, Lyon-Caen et Renault ont établi une classification des contesta-

(1) Paris, 16 janvier 1936; G. P. 1936.1.596.

tions qui ressortissent au Tribunal de Commerce, et accessoirement au Président de ce Tribunal statuant en Référé. On pourra avec fruit s'y reporter [1].

Nous remarquerons seulement qu'aucune distinction ne sera à faire suivant qu'il s'agira d'un acte de commerce par nature ou par relation, et que l'énumération du Code n'est pas limitative.

Le Président du Tribunal consulaire sera tout de même seul compétent pour connaître des litiges relatifs à des actes commerciaux par leur nature, mais ne figurant pas dans l'énumération indiquée.

En voici un exemple : le Code cite parmi les entreprises réputées commerciales certaines entreprises visant la construction, l'achat, la vente ou la revente des bâtiments pour la navigation intérieure ou extérieure, lesquels sont réputés acte de commerce de la part du constructeur et de celui pour lequel le bateau a été construit, mais il ne fait aucune mention des Assurances terrestres à primes. Or voici ce qu'a décidé la Cour d'Appel de Lyon dans un arrêt du 18 février 1931 [2] : « Attendu que si les articles 631 et 632 du Code de Commerce n'ont pas classé les Assurances terrestres parmi les entreprises réputées commerciales, cette énumération n'est pas limitative; qu'il est admis en jurisprudence et en doctrine que les Assurances terrestres à primes constituent des entreprises éminemment commerciales, parce que poursuivant un but de spéculation; que à ce titre elles font des actes de commerce et sont justiciables des tribunaux de commerce. Attendu que l'urgence de la

(1) Lyon-Caen et Renault. *Tr. de Dr. Com.*, 5e éd. T. I., p. 455.
(2) S. 1931.2.167.

mesure demandée ne peut être sérieusement contestée, un assuré ayant le droit et même le devoir de faire constater officiellement dans le plus bref délai les blessures dont il demeure atteint à la suite d'un accident; qu'il faut admettre également qu'en ordonnant une expertise médicale le juge des Référés ne touche pas au fond du Droit... »

Citons encore un autre cas d'espèce : la fourniture d'énergie électrique par le concessionnaire d'une ville à un industriel est un acte commercial. En conséquence, lorsque des difficultés étant nées entre le concessionnaire fournisseur du courant et l'abonné, au sujet de la souscription d'une nouvelle police, le concessionnaire a supprimé le courant, le Président du Tribunal de Commerce statuant en Référé peut, sans préjudicier au fond, prescrire le rétablissement du courant pour assurer la marche de l'usine sous réserve que l'action au principal sera engagée dans le plus bref délai [1].

Ajoutons que lorsqu'on hésitera à soumettre à ce magistrat une contestation, un moyen bien simple de découvrir si elle rentre dans sa compétence sera de rechercher un cas analogue dans lequel, avant 1924, il aura été jugé que le Président du Tribunal Civil était incompétent, parce que la demande portait sur un litige commercial [2].

---

(1) G. P. 1924.2.59.

(2) Voir le Répert. Gén. et Alph. de Dr. Fr. au mot « Référé », n° 556 et suiv. Suppl. n° 561 *bis*. — Cour d'Appel de Paris, 17 décembre 1909, G. Tr. 1910.4.10. Le nantissement constitué pour sûreté de dette commerciale revêt lui-même un caractère commercial (art. 91 du C. de Commerce). Le juge des Référés civils est donc incompétent pour en connaître, même en cas d'urgence.

C'est ainsi qu'un arrêt de la Chambre Civile de la Cour de Cassation du 25 juillet 1895 [1] dispose que si entre vendeurs et acheteurs d'actions d'une Société commerciale les instances qui portent sur la vente et l'achat des titres ne sont pas nécessairement commerciales, il en est autrement des contestations entre associés, lesquelles sont attribuées à la juridiction consulaire par l'article 631 du Code de Commerce, et sortent par suite de la compétence du juge des Référés civils. Et les termes généraux et absolus de cet article comprennent comme portant sur l'état et la gestion des affaires sociales, la demande formée avant la réunion de l'Assemblée générale par un actionnaire, c'est-à-dire un associé, contre les administrateurs de la Société pour avoir communication, avec faculté d'en prendre copie, des documents destinés à établir la situation de la Société (article 631 du Code de Commerce; loi du 24 juillet 1867, article 35). En conséquence, le juge civil des Référés est incompétent pour statuer sur cette demande.

Aujourd'hui nul doute que dans une circonstance semblable on se présentera devant le juge consulaire des Référés.

La notion d'acte de commerce ne doit donc pas être considérée, surtout en notre matière, comme quelque chose de rigide. Le domaine du juge des Référés est vaste, et en quelque sorte extensible.

Il l'est d'autant plus que l'on admet que ce dernier connaît des contestations nées des actes ou faits du

(1) S. 1895.1.333.

commerçant accessoires à son commerce : contrats, quasi-contrats, délits, quasi-délits [1].

Le législateur lui-même vient d'ailleurs parfois, par un texte spécial, attribuer compétence au Président du Tribunal de Commerce en une situation particulière.

On n'ignore pas les innovations apportées par la loi du 29 juin 1935 en matière de fonds de commerce [2]. On connaît en particulier l'intervention du Président du Tribunal de Commerce pour accorder des délais de grâce et modifier même, sous certaines conditions, les clauses du contrat pourtant librement conclu, inclue dans l'article 4. Mais cet article prévoit la compétence du magistrat consulaire en tant que Président du Tribunal de Commerce, et il lui confie en quelque sorte un pouvoir nouveau, « sui generis ».

Dans l'article 19 de la loi, au contraire, c'est le juge des Référés commerciaux qui est nommément désigné pour ordonner soit le dépôt à la Caisse des Dépôts et Consignations, soit la nomination d'un séquestre répartiteur au cas où la répartition au prix d'acquisition du fonds de commerce n'aurait pas été effectuée dans les trois mois de l'acte de vente par le tiers détenteur de ce prix.

Par une loi du 21 avril 1932 sur les warrants pétroliers, promulguée en faveur des raffineurs d'essence à qui on avait demandé, dans l'intérêt de la défense nationale, d'assez gros sacrifices, tels que le stockage d'importantes quantités de carburant, et auxquels le

---

(1) Cf. Cas. Civ. 14 nov. 1923; S. 1925.1.49. Voir *infra*, p. 104 et suivantes.

(2) D. P. 1935.4.313.

warrantage de ces produits devait fournir un crédit auquel ils avaient certainement droit, le législateur a encore donné de nouveaux pouvoirs au juge des Référés commerciaux [1].

La loi prévoit l'intervention du Président du Tribunal de Commerce dans l'article 6, pour autoriser l'emprunteur à se libérer avant l'échéance en consignant le montant du warrant; dans l'article 10, pour autoriser la vente des objets warrantés et attribuer par privilège au porteur du warrant le montant de la vente. Enfin, l'article 15 stipule : « Lorsque pour l'exécution de la présente loi il y aura lieu à Référé, ce Référé sera porté devant le Président du Tribunal de Commerce de la situation des marchandises warrantées ».

(1) D. P. 1933.4.33. — Cf. également la loi du 12 février 1927 qui a modifié dans le sens voulu par la pratique l'article 106 du Code de Commerce.

DEUXIÈME PARTIE

Les cas de Conflit

Leurs Solutions

CHAPITRE PREMIER

Conflits provenant de ce que dès avant 1924 la Loi a donné des pouvoirs spéciaux au Juge des Référés Civils en certaines matières Commerciales

Les arguments précédemment donnés en faveur de l'incompétence du juge des Référés civils en matière consulaire l'ont été à une époque où les échanges commerciaux étaient loin d'avoir l'importance que nous leur voyons actuellement. Bien vite, tout en gardant leur valeur au point de vue doctrinal, ils ont paru faire bon marché des faits et des besoins chaque jour accrus de la pratique.

Ainsi pris entre l'impossibilité de transgresser des règles impératives de la procédure et la nécessité de répondre aux exigences du trafic commercial, nous nous rappelons que le législateur dut promulguer des mesures nouvelles dont les unes prévoient en faveur du Président du Tribunal de Commerce des attribu-

tions spéciales, cependant que d'autres étendent à certaines matières commerciales les pouvoirs du Président du Tribunal Civil.

Nous avons parlé des premières dans un chapitre précédent [1]. Venons-en maintenant aux secondes qui sont la source de nombreux conflits de compétence entre juge civil et juge commercial des Référés.

Section I

DEPUIS LA LOI DU 11 MARS 1924, LE PRESIDENT DU TRIBUNAL CIVIL STATUE-T-IL TOUJOURS SEUL SUR LES NULLITES DE LA PROCEDURE DE VENTE ANTERIEURE A L'ADJUDICATION D'UN FONDS DE COMMERCE?

Le développement considérable que prenaient en France à la fin du XIX[e] siècle et au début du XX[e] siècle le commerce et l'industrie a eu comme résultat remarquable, entre bien d'autres, de pousser le législateur à la promulgation de la loi du 17 mars 1909 sur la vente et le nantissement des fonds de commerce [2]. Le fonds de commerce, en effet, prenait une place de plus en plus grande dans le patrimoine commerçant, et ses éléments se multipliaient. Dans sa délibération du 2 mars 1904 la Chambre de Commerce de Paris déclarait : « Un fonds de commerce peut comprendre

(1) Voir *supra*, p. 35.

(2) Bull. Off. 2862, n° 49.531. — *J. O.*, 18 juillet 1909. — Dépôt : 3 décembre 1906. Exposé des motifs, *J. O.* Doc. Parlem. avril 1907, page 208. — D. P. 1909.4.41.

notamment l'un ou l'autre des éléments suivants : achalandage, enseigne, nom commercial, raison social, droit au bail... » Ce fonds de commerce présentait une utilité toute particulière pour le commerçant qui voulait emprunter de l'argent. On admit qu'il pouvait le donner en gage sans que cette constitution de gage entraînât sa dépossession.

Ce gage est devenu le nantissement de la loi du 17 mars 1909.

Si le débiteur ne paie pas à l'échéance le créancier nanti le poursuivra pour faire vendre le fonds (article 15), et l'article 17 de la loi du 17 mars 1909, après une énumération détaillée des formalités auxquelles on devra se livrer, indique à l'alinéa 8 : « ...Il sera statué s'il y a lieu sur les nullités de la procédure de vente antérieure à l'adjudication et sur les dépens, par le Président du Tribunal Civil de l'arrondissement où s'exploite le fonds. Ces moyens devront être exposés, à peine de déchéance, huit jours au moins avant l'adjudication ». Le paragraphe 8 de l'article 15 est applicable à l'ordonnance rendue par le Président. Elle ne sera par conséquent pas susceptible d'opposition et sera exécutoire sur minutes. Quel est donc le caractère exact de cette compétence?

Pouvait-on la prévoir?

Au cas de vente volontaire les litiges qui mettent aux prises l'acheteur et le vendeur du fonds sont en principe de la compétence du Tribunal de Commerce, car cet achat et cette vente sont des actes de commerce. La compétence de cette juridiction dérive, ici, de l'article 631 du Code de Commerce.

La loi de 1909 confère de son côté compétence exclusive aux juges consulaires pour ordonner la

procédure d'exécution forcée qui tend à la vente du fonds (articles 5, 15, 16, 18, 20, 28 de la loi). Or la vente d'un fonds de commerce ne soulève pas seulement des difficultés dans le temps qui précède l'adjudication. Après l'adjudication surgissent bien des questions souvent inattendues, qui demandent une solution immédiate. A qui s'adressera-t-on pour l'obtenir?

Il s'agit d'une difficulté touchant à l'exécution forcée des jugements. Normalement, c'est au juge civil qu'il faudrait faire appel. Mais la loi du 17 mars 1909 a attribué compétence aux juges consulaires pour ordonner la vente du fonds de commerce dans les cas où il peut y être procédé sur poursuite des créanciers inscrits (article 16), sur la poursuite de saisie exécution effectuée sur des éléments isolés du fonds (article 15), sur la poursuite en paiement d'une créance effectuée contre le propriétaire du fonds (article 18); et, la compétence commerciale ayant été reconnue dans ces différents cas, à la suite d'un amendement on étendit cette compétence à l'action en déchéance du terme (article 13, alinéa 5), aux incidents de surenchère (article 23).

Le tribunal de Tourcoing, le 9 novembre 1909 [1], a cru pouvoir tirer cette conclusion que « le législateur a voulu instituer une complète unité de juridiction pour tout ce qui concerne le fonds de commerce ».

S'il est exact comme le pense le tribunal de Tourcoing que par suite de la loi du 17 mars 1909 la procédure d'exécution forcée est devenue en cette

(1) D. P. 1910.2.249.

matière une procédure commerciale, ce ne serait qu'exceptionnellement que le juge des Référés civils aurait reçu, article 17 *in fine*, compétence pour des difficultés spécialement prévues.

Dans les autres contestations concernant la vente forcée d'un fonds de commerce il n'aurait pas le droit d'intervenir.

En réalité cette façon de voir est mauvaise. Il n'a jamais été question dans cette loi de modifier les règles générales de compétence. Il suffit d'ailleurs de remonter aux débats parlementaires qui ont précédé l'adoption de la loi pour s'apercevoir qu'il n'a jamais été dans l'esprit du législateur d'adopter en principe général la compétence des juges consulaires pour tous les conflits touchant à ce sujet. Se trouvant, d'une part, devant une matière d'exécution forcée, d'autre part, devant la nécessité d'aller vite, la Commission du Sénat avait aussitôt pensé au juge des Référés civils. M. Cordelet avait soutenu cette compétence [1].

M. Vallée s'y opposa et présenta un amendement [2] qui remplaçait le juge civil par les juges du Tribunal de Commerce. Il pensait que la procédure devant le Président du Tribunal de première instance, avec sa constitution d'avoué, serait plus dispendieuse, et que de plus ce magistrat dépasserait sa compétence limitée à des mesures provisoires en prenant ici des mesures définitives. Il faisait remarquer par ailleurs que le Tribunal de Commerce ne connaîtrait pas forcément pour autant de l'exécution d'un jugement, parce que

(1) Sénat, séance du 3 mars 1909. *J. O.* du 3 mars 1909, page 165.

(2) 16 mai 1907 et 6 mars 1908; *J. O.* du 17 mai 1907, p. 635, et 7 mars 1908, p. 301.

souvent le créancier gagiste agit en vertu d'un acte sous seing privé; ça ne sera donc pas en vertu d'un jugement que la vente sera poursuivie. Prenant en considération la grande compétence et la parfaite honorabilité des juges commerciaux on leur donne donc le droit d'ordonner la vente du fonds et de trancher les difficultés que peut soulever cette vente, telle que nomination d'un administrateur provisoire, fixation d'une mise à prix. Le Tribunal de Commerce sera compétent toutes les fois que l'acte litigieux aura un caractère commercial d'après le droit commun, toutes les fois qu'on se trouvera en présence d'un cas limitativement énuméré par les textes. A aucun moment on ne parle de fixer un principe de portée générale. L'article 14 de la loi relatif à l'action en résiliation ou en exécution du bail où s'exerce le fonds de commerce réserve expressément la compétence du Tribunal Civil ou du juge de paix.

La Cour de Paris, dans un arrêt du 14 décembre 1909 [1], permet au propriétaire de l'immeuble où est exercé le fonds de commerce, de poursuivre la résiliation du bail devant le Tribunal Civil, et, s'il existe une clause du bail l'autorisant à demander l'expulsion de son locataire en référé, d'user de cette faculté conformément à son contrat : « Considérant, dit l'arrêt, que la loi nouvelle laisse intact..., que aucune dérogation n'est apportée aux principes qui fixent la compétence... »

Le Président du Tribunal Civil aura donc seul compétence, sauf dans le cas prévu article 15, alinéa 7, de la loi du 17 mars 1909, pour statuer sur

(1) D. P. 1910.2.249 (5e espécé).

les difficultés relatives à la distribution, laquelle ne peut avoir lieu que par contribution judiciaire, ou à la validité de la consignation du prix lorsqu'elle a été précédée d'offres réelles, ou à l'exécution et à la liquidation de l'astreinte prononcée par le Tribunal de Commerce en vue, le cas échéant, de contraindre l'adjudicataire à la consignation.

Il appartiendra donc normalement à ce magistrat de trancher les litiges nés au sujet de la saisie des deniers provenant de la vente, et de leur distribution. Le juge des Référés en statuant sur des litiges de cette sorte reste parfaitement dans son domaine de compétence, ne statue pas sur une matière commerciale [1].

S'il en est ainsi, pourquoi avoir prévu spécialement la compétence du juge des Référés civils pour les formalités antérieures à l'adjudication, à savoir sommation au propriétaire du fonds et aux créanciers inscrits de prendre connaissance du cahier des charges, de fournir leurs dires et observations, d'assister à l'adjudication (publicité prescrite par l'article 17, alinéas 1, 3 et 4 de la loi du 17 mars 1909)? S'il s'élève des difficultés au sujet de ces formalités il y a certes intérêt à les trancher promptement. « Nous sommes dans une matière, dit M. Cordelet, qui requiert essentiellement rapidité. Le sort du fonds de commerce ne

(1) Une jurisprudence récente montre bien l'exactitude de ce raisonnement. Il a été jugé que le juge des Référés commerciaux était sans compétence pour ordonner la mise sous séquestre de billets à ordre remis aux vendeurs pour paiement du prix de vente d'un fonds de commerce, cette mesure n'étant pas une mesure conservatoire, mais une mesure d'exécution. — Aix, 24 avril 1926; Moniteur Judiciaire du Midi, 30 juin 1926.

peut rester longtemps incertain. Il faut que la décision qui ordonne la vente intervienne sans délai, et que la vente soit faite ensuite sans tarder pour abréger autant que possible la période pendant laquelle le fonds ne fait que péricliter. »

Ce serait donc un désir de célérité plus grande qui aurait empêché en cette matière que compétence soit attribuée au Tribunal de Commerce. Le but du législateur ayant par ailleurs été, semble-t-il, en spécifiant la compétence du Président du Tribunal Civil en cette matière d'exécution, de la préciser et de l'augmenter.

La compétence du juge des Référés civils, en effet, n'est pas ici exactement celle qui lui est conférée par l'article 806 du Code de Procédure Civile. L'article 17 de la loi du 17 mars 1909 prévoit, en effet, qu'il statue à titre définitif et prononce la condamnation aux dépens de la partie qui succombe. Il se voit donc par ce texte attribuer un pouvoir anormal, spécial.

Nous n'avons trouvé nulle décision de jurisprudence contestant depuis l'institution du Référé commercial, la compétence du Président du Tribunal Civil en cette matière. Il faudrait, pour le faire, admettre que la loi du 11 mars 1924 a tacitement abrogé cette disposition. Etant donné le caractère exécutoire de la procédure, cela n'est pas possible. Il faudrait qu'intervienne un texte spécial. Notons à ce point de vue qu'un projet de loi a été déposé le 2 juillet 1912 à la Chambre des Députés[1] tendant à donner compétence dans le cas prévu par l'article 17, alinéa 6, de

(1) Sénat, Doc. Parlem., session ordinaire, 1912. Annexe n° 246.

la loi du 17 mars 1909, au Président du Tribunal de Commerce.

Ce projet de loi est remarquable à deux points de vue. Il vient en premier lieu, et cela sans avantage apparent puisque le Référé commercial n'existe pas encore, modifier une disposition légale que la pratique n'a jamais attaquée. Il présente en second lieu cette particularité qu'il est l'œuvre de M. Cordelet, dont nous disions plus haut qu'il avait été soutenu lors du vote de la loi du 17 mars 1909, la compétence du juge des Référés civils pour autoriser sur demande du créancier nanti la vente du fonds de commerce.

Ce projet montre clairement les progrès de la tendance à centraliser entre les mains des juges consulaires toutes les difficultés ayant trait au fonds de commerce.

Nous verrons que cette tendance s'est matérialisée récemment sous forme d'un décret en date du 25 août 1937 sur lequel nous reviendrons plus tard [1], mais dont nous pouvons dire déjà qu'il donne au Président du Tribunal de Commerce les pouvoirs d'un juge unique tout puissant en la matière, dans la mesure où les parties ne s'y opposent pas.

(1) Cf. *infra*, p. 83.

Section II

LE JUGE DES REFERES CIVILS GARDE-T-IL SEUL COMPETENCE DEPUIS LA LOI DU 11 MARS 1924 POUR DONNER MAIN LEVEE DES OPPOSITIONS AU PAIEMENT DU PRIX DE VENTE D'UN FONDS DE COMMERCE?

La loi du 17 mars 1909 n'avait pas été sans soulever de nombreuses critiques parmi lesquelles les plus violentes étaient adressées à l'alinéa 4 de l'article 3, et concernaient les abus amenés par la faculté accordée aux créanciers du vendeur d'un fonds de commerce de former opposition au paiement du prix de vente.

Quand une telle opposition a été pratiquée, si on veut en contester la validité en la forme ou au fond, par qui sera jugée cette contestation?

La loi n'ayant rien prévu à ce sujet, il faut suivre les règles du Droit commun. Pour le fonds le vendeur assignera l'opposant devant la juridiction compétente d'après la nature de la créance. Si, notamment la créance est commerciale, c'est la juridiction commerciale qui statuera sur son existence ou son montant. Mais on peut ne contester que la régularité de l'opposition.

Depuis longtemps, la jurisprudence avait donné compétence quand il s'agissait d'autoriser le paiement nonobstant une saisie-arrêt, au cas où celle-ci avait été faite sans titre ni permission du juge, au Président du Tribunal Civil.

Le vendeur du fonds de commerce pouvait-il, à l'instar du saisi, demander à ce même juge l'autorisation de toucher son prix malgré l'opposition, en

admettant que les circonstances la rendissent injustifiée ou inefficace? La question avait d'autant plus d'intérêt que, de ce que certains arrêts admettaient l'inutilité pour former opposition d'un titre ou d'une permission du juge, de ce qu'il n'y avait donc pas lieu de rechercher si l'opposant possédait un titre de créance, il résultait que l'industriel ou le commerçant qui vendait son fonds se trouvait exposé à ne pas toucher son prix, à ne pas pouvoir payer ses créanciers, s'il plaisait à un quidam de faire opposition entre les mains de l'acquéreur par simple acte extra-judiciaire, et ce, sans même l'examen préalable de la créance que suppose la permission du juge. Evidemment, l'opposant malintentionné pouvait être condamné à des dommages et intérêts, mais pour peu qu'il fût insolvable, cette garantie ne pesait guère.

La Cour d'Appel de Paris, sous prétexte que la procédure de l'article 3 de la loi du 17 mars 1909 rentrait par son caractère commercial dans la compétence des Tribunaux de Commerce, avait dénié compétence au Président du Tribunal Civil[1]. Au cas d'urgence, les parties qui n'avaient pas la ressource d'aller au Référé, inexistant en matière commerciale, pouvaient seulement obtenir du Président du Tribunal de Commerce la permission d'assigner de jour à jour, ou d'heure à heure (art. 417 du Code de Procédure). On ne manqua pas de critiquer cet arrêt. Etait-il, en effet, exact que la procédure de la loi du 17 mars 1909 eût un caractère commercial aussi tranché que seul le Tribunal de Commerce pût en connaître? Ce Tribunal est

(1) C. de Paris, 24 juillet 1911 et 23 déc. 1911. — D. P. 1913.2.253.

une juridiction d'exception et ne connaît que des cas à lui expressément attribués par la loi. Or, si la loi du 17 mars 1909 a donné compétence aux juges consulaires pour connaître des différentes difficultés se rattachant à la réalisation du fonds de commerce, et à quelques autres incidents, nous avons vu qu'il en résultait d'aucune de ses dispositions que la loi ait entendu attribuer compétence à cette juridiction pour connaître des difficultés relatives à la procédure spéciale d'opposition qu'elle a organisée dans son article 3. Le caractère civil ou commercial de la créance est indifférent quand il s'agit de déterminer le juge qui statuera sur les difficultés que peut soulever la procédure d'exécution à laquelle donne lieu le recouvrement de la créance. La loi n'avait pas, montrait-on, dérogé aux règles du droit commun en ce qui concerne la saisie des deniers provenant de la vente et leur distribution par exemple. D'après l'article 442 du Code de Commerce qui dispose que les tribunaux consulaires ne peuvent connaître de saisies de toute nature, même si elles sont pratiquées en vertu de créances commerciales, il n'y avait aucune raison en l'absence de dispositions législatives spéciales de donner compétence au Tribunal de Commerce pour connaître de l'opposition au paiement du prix de vente d'un fonds de commerce. Cette procédure avait par ailleurs l'avantage de mettre à la disposition du saisi un moyen que, indéniablement, ne remplaçaient pas les dispositions de l'article 414 du Code de Procédure Civile.

La loi du 31 juillet 1913 vint trancher la question en attribuant formellement compétence au Président du Tribunal Civil pour connaître des demandes en

mainlevée d'opposition au paiement du prix de vente d'un fonds de commerce : « Au cas d'opposition au paiement du prix, le vendeur pourra en tout état de cause, après l'expiration du délai de dix jours, se pourvoir en Référé devant le Président du Tribunal Civil à l'effet d'obtenir l'autorisation de toucher son prix malgré l'opposition... Si l'opposition a été faite sans titre ou sans cause, ou est nulle en la forme, et s'il n'y a pas d'instance engagée au principal, le vendeur pourra se pourvoir en Référé devant le Président du Tribunal Civil à l'effet d'obtenir l'autorisation de toucher son prix malgré l'opposition [1]. »

La Commission de la Chambre des Députés a estimé comme l'auteur de la proposition, qu'il n'y avait aucune raison solide de refuser compétence au juge des Référés dans cette hypothèse. « La juridiction des Référés, lit-on dans le rapport de M. Bureau à la Chambre des Députés, est, en effet, tout indiquée pour solutionner les difficultés qui nous occupent. Elle se trouve placée entre les mains d'un magistrat rompu à toutes les difficultés juridiques. » Une fois de plus apparaît ici ce caractère remarquable de la juridiction des Référés que lui donne sa situation au point de contact le plus sensible de la loi et de la pratique, on pourrait presque dire au point de heurt. Le juge des Référés aura pour mission implicite et générale d'éviter ou d'adoucir ce heurt dans la mesure du possible. Dans le cas présent, il devra protéger le vendeur du fonds de commerce qu'un excès dans la protection des créanciers avait mis en danger de subir des oppositions abusives.

---

(1) D. P. 1913, p. 92. — *J. O.* 1er août 1913. — Art. 1, § 9.

Nous apercevons en même temps combien il est délicat d'établir une réglementation vraiment équitable, de doser une mesure de telle sorte qu'elle ne dépasse son but, et n'aboutisse seulement à inverser les risques. C'est ainsi que, pour protéger les créanciers, on leur a permis de faire opposition. Pour mettre le vendeur du fonds de commerce à l'abri d'oppositions abusives on promulgue la loi du 31 juillet 1913. Mais on risque dès lors de frustrer certains créanciers opposants non connus du juge des Référés. Pour l'éviter, on oblige l'acquéreur à affirmer sous sa responsabilité personnelle qu'il n'y a pas d'autres opposants [1].

Soulignons qu'ici encore la décision du juge aura un caractère définitif.

Après la création du Référé commercial, on ne pouvait pas ne pas se poser la question suivante : ferait-on passer au nouveau juge consulaire le droit de statuer sur la mainlevée des oppositions pratiquées par les créanciers du vendeur du fonds de commerce, si elles sont mal fondées, ou au cautionnement de leurs effets si leur cause est inférieure au prix, en particulier au cas où l'opposition est faite pour garantie d'une créance commerciale?

Un récent arrêt de la Chambre Civile de la Cour de Cassation est venu sinon clore, du moins influencer fortement l'évolution des tendances doctrinales et jurisprudentielles, que la question avait suscitées, nombreuses et qui demeurent fort intéressantes à étudier.

---

(1) Avant 1913, la jurisprudence était divergente. En faveur de la compétence du juge des Référés : Paris, 24 décembre 1910; D. P. 1911.5.19. — Notes et renvois.

Dès l'apparition de la procédure commerciale de Référé se créèrent deux écoles professant des opinions opposées en la matière qui nous intéresse.

La première maintenait compétence au Président du Tribunal Civil. L'autre voulait lui substituer celle du Président du Tribunal de Commerce statuant en Référé.

Le premier argument que faisait valoir cette dernière était évidemment que la loi du 11 mars 1924 avait annulé tacitement l'attribution de compétence faite par la loi du 21 juillet 1913. En vertu de cette loi, chaque fois que le cas est urgent et de la compétence au fond du Tribunal de Commerce (nous sommes dans ces conditions), le Président de ce Tribunal pourra donc connaître de toutes les questions qui, en vertu d'une loi antérieure, ont été soumises au Président du Tribunal Civil en Référé, parce que seul, ce Référé existait au moment où on la confectionnait, et que le législateur qui voulait satisfaire au besoin d'urgence ne pouvait s'adresser qu'au magistrat civil.

A l'appui de cette opinion nous avons rappelé les paroles de M. Bureau dans son rapport au Sénat sur la loi du 17 mars 1909 [1] : « Il est bon, disait-il, de sauvegarder les principes en matière de procédure, mais les nécessités pratiques ne doivent pas être perdues de vue. » Ce qui semble bien prouver qu'on avait parfaitement aperçu la difficulté juridique existant, et que ce n'était vraiment qu'à défaut du Référé commercial que l'on avait eu recours au Président du Tribunal de Première Instance.

---

(1) D. P. 1909.4.42. Voir *supra*, p. 67.

Cette contradiction reconnue entre les principes de procédure et les besoins pratiques, il semble naturel que l'apparition du Référé commercial la fasse disparaître en donnant par le moyen d'une procédure commerciale satisfaction à un besoin de décision urgent né d'un conflit de caractère commercial.

Les partisans du maintien de la compétence du juge des Référés civils répondaient que même, en admettant qu'on pût considérer que la loi du 11 mars 1924 avait implicitement modifié la loi du 31 juillet 1913 sur ce point, on ne pouvait cependant substituer le juge consulaire au juge civil parce que la question ne rentrait pas dans le cercle de ses attributions légales, de sa compétence normale.

C'est ainsi qu'un arrêt bien connu de la Cour de Lyon du 4 décembre 1925, intervenu sur appel d'une ordonnance du Président du Tribunal Civil de Saint-Etienne qui s'était déclaré incompétent, le Président du Tribunal consulaire pouvant seul, selon lui, connaître de la question, pose le principe que c'est au contraire le Président du Tribunal Civil qui a seul compétence en la matière [1]. La Cour s'est fondée sur cette règle que les Tribunaux de Commerce ne peuvent connaître de l'exécution de leurs jugements, et que toutes les procédures d'exécution ressortissent aux Tribunaux Civils. Or, elle admet que la procédure de la loi du 17 mars 1909 est une procédure d'exécution, et particulièrement l'opposition prévue par l'article 3, qui constitue le premier acte d'une telle procédure,

(1) D. P. 1927.2.97. Même sens : Lyon 14.12.1925. — Gaz. P. 1926.1.341. — D. P. 1927.2.97. — Cendrier, *Le Fonds de Commerce*, 5e éd., n° 182.

« le but du créancier étant de se faire payer sur le prix de vente du fonds au moyen d'une véritable saisie-arrêt abrégée ou simplifiée, mais dont les effets sont les mêmes, à savoir l'immobilisation des deniers entre les mains d'un tiers saisi. »

Par conséquent, même en appliquant la loi du 11 mars 1924 à la matière, la compétence du juge des Référés commerciaux se trouverait écartée du fait que le Tribunal de Commerce ne saurait en aucun cas, connaître d'une procédure d'exécution forcée.

Cependant, les décisions en sens contraire ne manquent pas [1]. M. Chéron, professeur à la Faculté de Droit de Strasbourg a publié sous un arrêt de Rennes du 20 juillet 1925 [2] une note dans laquelle il explique parfaitement que, au fond, toute la controverse roule sur le point de savoir si on se trouve en présence d'une mesure conservatoire ou d'une mesure exécutoire, et il penche pour cette dernière solution.

Il estime qu'il y a certainement analogie entre la saisie-arrêt de droit commun et l'opposition de la loi du 17 mars 1909. L'opposant comme le saisissant, entend se faire payer sur une créance appartenant à son débiteur, ici prix de vente d'un fonds de commerce, et il manifeste son intention par une oppo-

---

(1) C. de Paris, 25 mars 1926; Gaz. Pal. 1926.2.52. — Cour d'Appel de Paris, 23 nov. 1927; Gaz. Pal. 1928.1.173. (« L'opposition de la loi de 1909 est un acte nettement commercial qui ne peut jamais devenir un acte d'exécution »). — Trib. de Com. de la Seine, 28 mar 1924. — Gaz. Pal. 1924.2.159. — Trib. Civ. d'Avranches, 9 janvier 1925. — Gaz. Pal.1925.1.660. — C. d'Appel, Paris, 25 mars 1926. — Gaz. Pal. 1926.2.52. — Trib. de Com. de Marseille, 5 avril 1924. — Gaz. P. T. Q. 1925-1930. Voir ; Fonds de Commerce n° 531.

(2) D. P. 1927.2.5

sition. De ce fait, le vendeur verra son prix devenir indisponible.

Beaucoup d'auteurs, comme M. Chéron, s'étaient demandé au lendemain de la loi du 31 juillet 1913, si l'opposition de la loi du 17 mars 1909 était une institution spéciale se suffisant à elle-même, ou bien si elle n'était autre qu'une saisie-arrêt. M. Bouvier-Bangillon, par exemple, arrivait à cette conclusion que les deux institutions étaient nettement différentes. Il citait le rapport de M. Cordelet, lors des débats préliminaires [1] « ....parce que l'opposition prévue au paragraphe 4, article 3, n'est qu'un acte purement conservatoire qui ne peut, comme la saisie-arrêt aboutir à un transport judiciaire... » M. Chéron ne nie pas qu'il existe, en effet, des différences sensibles entre les deux institutions. Il reconnaît que la saisie-arrêt crée seule l'indisponibilité de la créance, tandis que l'opposition se borne à confirmer une indisponibilité déjà établie par la loi au jour de la vente. Quand il fait saisie-arrêt, le créancier exerce son droit de gage général sur un élément du patrimoine de son débiteur, qu'il a librement choisi. Dans le cas de l'opposition, c'est la loi qui affecte expressément au paiement des créanciers du vendeur le prix de vente du fonds de commerce, et dans ce but il préconise une publicité et institue un délai pendant lequel le vendeur ne peut toucher son prix [2].

---

(1) Lois Nouvelles 1914, p. 10; D. P. 1924.4.143.

(2) Art. 3, § 4 de la loi du 17 mars 1909. (*J. O.* 19 mars 1909; D. P. 1909.4.41) : Toute vente ou cession de fonds de commerce... sera dans la quinzaine de sa date publiée à la diligence de l'acquéreur, sous forme d'extrait ou d'avis dans un journal d'annonces légales du ressort du Tribunal de Commerce où se trouve le fonds, ou à défaut dans un journal

D'autre part il n'est pas douteux que le créancier peut faire opposition pour une créance non encore exigible, et sans titre ni permission du juge.

L'opposition serait donc dans son principe et dans ses résultats moins grave que la saisie-arrêt (nous verrons qu'on peut en déduire que l'opposition n'échappe pas nécessairement en tant que mesure d'exécution à la compétence de la juridiction commerciale).

M. Chéron n'est pas de cet avis et prétend que l'indisponibilité du prix ne découle pas en principe du délai imposé par la loi, mais bien de l'opposition, à laquelle les dispositions de la loi aboutissent à donner, contrairement au droit commun, un effet rétroactif du jour de la vente. « Or, dit-il, interdire à son débiteur de convertir en espèces sa créance en en recevant le paiement, ce n'est pas se borner à un acte purement conservatoire, cela s'appelle procéder à une saisie... » [1].

---

d'annonces légales de l'arrondissement... La publication sera renouvelée du huitième au quinzième jour après la première insertion.

Dans dix jours au plus tard après la seconde insertion, tout créancier du précédent propriétaire, que sa créance soit ou non exigible, pourra former au domicile élu par simple acte extra-judiciaire, opposition au paiement du prix. L'opposition énoncera le chiffre et les causes de la créance, à peine de nullité. Aucun transport amiable ou judiciaire de tout ou partie du prix ne sera opposable aux créanciers qui se seront ainsi fait connaître dans ce délai. »

(1) M. Chéron ajoutait que le législateur aurait pu au moment où il cherchait une procédure rapide pour limiter les effets de l'opposition, comme il l'avait déjà fait en matière de saisie-arrêt par la loi du 17 juillet 1907, remettre la décision au Président du Tribunal de Commerce, s'il avait considéré l'opposition comme une mesure conservatoire. M. Vence a fait dans sa thèse raison de cet argument. Evidemment, cela n'était pas possible du fait qu'il s'agissait d'instituer une

On aboutit à ranger cette opposition dans la catégorie d'actes où se trouve déjà la saisie-conservatoire en compagnie de la saisie-arrêt et de la saisie-revendication. (Il semble d'ailleurs que l'article 17 *in fine* de la loi du 17 mars 1909 prouve bien qu'on a entendu réserver au juge ordinaire la solution des questions difficiles de procédure) [1]. Se décidera-t-on en conséquence à admettre qu'on se trouve en présence d'une mesure d'exécution? Nous ne le pensons vraiment pas.

Lorsqu'il s'agit de la procédure régulière de saisie-arrêt, le juge civil a seul compétence pour connaître de la demande en mainlevée. Cela se comprend parce que les tribunaux civils sont dans ce cas saisis pour examiner la régularité de la procédure. En outre, le juge civil rend le plus fréquemment l'ordonnance qui permet de saisir-arrêter. Dans tous les cas la compétence du Tribunal de Commerce ne se comprendrait pas. En effet, la saisie-arrêt, acte conservatoire, dégénère normalement en acte d'exécution parce que le jugement de validité emporte transport de la somme saisie-arrêtée au saisissant. Rien de tel n'existe pour la loi de 1909 ou pour l'opposition qu'elle institue. En cette matière même la consignation du prix sur Référé n'emportera de transport judiciaire au profit du saisissant, mais une affectation spéciale pour tous les créanciers opposants. C'est seulement quand cette opposition a été signifiée en vertu d'un jugement définitif que la compétence du Tribunal existe, s'impose

---

procédure contradictoire. A ce moment, le magistrat consulaire ne statuait jamais en telle occurrence. (VENCE. Thèse, Aix, *Le Référé en matière commerciale*, 1930, p. 71).

(1) Voir *supra*, p. 64.

même. Il s'agit alors d'une mesure d'exécution ordonnée en vertu d'une décision judiciaire définitive.

On sera encore bien plus enclin à différencier nettement les deux institutions en cause si on relit le rapport de M. Cordelet sur la proposition Marc Réville devenue la loi du 31 juillet 1913 : « ...L'opposition autorisée par la loi du 17 mars 1909, article 3, ne tend pas comme la saisie-arrêt à une appropriation du prix ou d'une portion du prix au profit du créancier. Elle n'est dans la pensée du législateur qu'un acte purement conservatoire ayant seulement pour but de permettre aux créanciers opposant de faire valoir ultérieurement leurs droits dans une distribution du prix » [1].

D'autre part, M. Vence rapporte que la jurisprudence de Marseille serait nettement fixée, et non seulement admettrait la compétence du Tribunal de Commerce, mais l'incompétence absolue du juge des Référés civils, et il approuve cette attitude. Il cite l'exemple de la loi du 12 août 1926 sur le chèque. Le législateur en matière d'opposition sur le chèque, attribue sans autre précision compétence au juge des Référés. Suivant la nature des rapports entre tireur et bénéficiaire, le Président du Tribunal Civil ou celui du Tribunal de Commerce sera compétent. L'argument nous semble d'ailleurs assez faible, les circonstances étant totalement différentes de celles dans

(1) Lois Nouvelles 1914, p. 13 et suiv. Voir aussi C. Paris, 24 déc. 1910; S. 1912.2.49. — G. Tr. 1911, p. 182.
Un arrêt de la Chambre des Requêtes du 18 juin 1931 semble d'ailleurs bien admettre que la solution dépend des circonstances quand elle dit que le moyen (incompétence du juge des Référés commerciaux) est « un mélange de fait et de droit ». (Sem. Jurid. 1932, p. 180).

lesquelles on se trouve en matière de vente de fonds de commerce où le Président du Tribunal Civil est nommément désigné.

Telle paraissait également être la tendance dominante de la jurisprudence quand est intervenu un arrêt de la Chambre Civile de la Cour de Cassation, le 28 février 1933, adoptant la théorie opposée, mais en faisant appel à des arguments nouveaux [1].

« ...Attendu, dit l'arrêt, qu'en attribuant au Président du Tribunal Civil le pouvoir de donner soit purement et simplement, soit moyennant consignation d'une certaine somme, la mainlevée, dans l'un et l'autre cas définitive, des oppositions pratiquées sur le prix de vente du fonds de commerce conformément à la loi du 17 mars 1909; la loi du 31 juillet 1913 a confié à ce magistrat une mission spéciale et nouvelle en dehors du cadre de sa compétence normale de juge des Référés pouvant seulement rendre des décisions par provision qui ne lient pas le juge au principal. Attendu que si la loi du 11 mars 1924 a investi le Président du Tribunal de Commerce du pouvoir de statuer par voie de Référé en matière commerciale dans des conditions déterminées par les seuls articles 837 et 811 du Code de Procédure Civile, le magistrat consulaire n'a pas de ce fait hérité des attributions particulières et plus amples du magistrat civil en matière d'opposition à paiement de prix de vente d'un fonds de commerce... » On voit que la Cour de Cassation a fait valoir d'autres raisons que celles qu'on agitait dans les discussions antérieures,

(1) S. 1935.1.57. — D. H. 1933, p. 218. — Voir également Trib. de C. de la Seine, 21 octobre 1935; Gaz. Pal. 1936.1.189.

mais qu'elle ne se prononce pas sur la nature de l'opposition.

La note publiée au Sirey sous l'arrêt, par M. P. Hébraud, professeur à la Faculté de Droit de Poitiers, tire toutes les conclusions qui s'imposent de cette décision. Elle souligne que la Cour Suprême n'a pas précisé la question de compétence du Tribunal pour statuer au fond sur le mérite de l'opposition. « ...La décision ne vaut que pour le juge des Référés parce qu'elle est motivée par des considérations tirées de la nature des Référés, et des pouvoirs du Président... » La loi du 31 juillet 1913 ne serait pas adressée au juge des Référés Civils, mais au Président du Tribunal, pris en sa qualité de magistrat civil doué d'une grande science juridique et accoutumé à trancher les conflits les plus ardus. La loi du 11 mars 1924 donne au Président du Tribunal de Commerce la compétence d'un juge des Référés, mais ne saurait étendre à ce magistrat les pouvoirs spéciaux que des lois particulières ont attribués au magistrat civil. Et on ne saurait douter du caractère particulier de la compétence que reçoit par l'article 3 de la loi du 31 juillet 1913 le Président du Tribunal Civil. Il statuera, en effet, en la matière à titre définitif dans tous les cas, contrairement à un des principes fondamentaux de tout Référé qui exige que la décision ne fasse aucun préjudice au principal.

Si tel est le sens de l'arrêt, M. Hébraud estime qu'il n'est pas à l'abri de critiques sévères. Il faut, en effet, bien faire la distinction entre le préjudice au principal et le préjudice irréparable souvent subi par une des parties. Situation de droit et situation de fait sont évidemment deux choses bien différentes.

Cette dernière peut être définitivement compromise et les principes essentiels être respectés si le Tribunal peut prendre librement sa décision sur le fond et statuer sur les droits intacts dans leur principe sinon dans leurs conséquences. C'est ce qui se passe ici.

M. Escarra par contre, abonde dans le sens de la Cour de Cassation [1], car le bien fondé de l'opposition est définitivement apprécié par le juge des Référés et ne peut plus être remis en question devant la juridiction de droit commun.

M. Hébraud se demande alors si un autre raisonnement permettrait de justifier la décision de la Cour Suprême. Le Président du Tribunal Civil peut cantonner l'opposition, s'il n'en donne pas mainlevée. Rapprochant cette procédure de celle de la loi du 17 juillet 1907 il s'inquiète alors de savoir s'il est exact que à ce point de vue il y ait dépassement des pouvoirs normaux du juge des Référés.

En matière de saisie-arrêt avant cantonnement, la somme saisie restait affectée au paiement des créanciers postérieurs saisissant, sans privilège du créancier premier saisissant. Après cantonnement, au contraire, le premier saisissant est privilégié pour recevoir paiement sur la somme consignée.

Pour l'opposition au paiement du prix de vente d'un fonds de commerce le cantonnement ne peut se produire que passé le délai d'opposition. Or, l'indisponibilité du prix ne peut profiter qu'aux créanciers opposants. Le cantonnement n'aura aucun effet spécial par rapport aux créanciers qui n'auront pas fait

(1) Escarra, *Principes de Droit Commercial*. T. I., p. 722.

opposition dans le délai, et qui se trouveront par l'effet de la loi sans droit sur le prix dès ce moment. La loi du 31 juillet 1913 dispose en outre : « Le dépôt ainsi ordonné sera entre les mains du tiers détenteur affecté à la garantie des créanciers pour sûreté des créances desquels l'opposition a été faite... sans que toutefois il puisse en résulter transport judiciaire au profit de l'opposant ou des opposants en cause à l'égard des autres créanciers opposants du vendeur s'il en existe. » L'annotateur conclut en dépit de l'analogie extérieure à une différence profonde entre le cantonnement de la saisie-arrêt et celui de l'opposition. En ordonnant le cantonnement de la saisie-arrêt le Président du Tribunal Civil crée un privilège au profit du saisissant. Rendant une ordonnance dans le même but en matière d'opposition il ne crée aucun privilège semblable. Si les opposants postérieurs à la fin du délai de dix jours sont sans aucun droit sur la somme, cela tient à la loi elle-même, non à l'ordonnance du Président du Tribunal, et on doit en déduire « ...que l'ordonnance du Président ne présente aucun caractère particulier, qu'elle ne dépasse en rien les pouvoirs ordinaires du juge des Référés. Sous quelque angle qu'on l'envisage, l'intervention du Président du Tribunal Civil organisé par la loi du 31 juillet 1913 ne sort pas du cadre du Référé. Il n'y a donc pas de ce chef, croyons-nous, d'obstacle au transfert des attributions de ce magistrat au magistrat consulaire correspondant, investi aujourd'hui de la juridiction des Référés » [1].

---

(1) Gaz. Pal. 1936.1.189. *Contra* : Trib. Com. de Marseille (Référé), 10 mars 1936; Gaz. Pal. 1936.1.948.

Il reste cependant que la voie indiquée par la Cour de Cassation a été suivie. Le Président du Tribunal de Commerce de la Seine a rendu le 22 octobre 1935 une ordonnance aux termes de laquelle [1]. « Attendu que V... ne saurait valablement soutenir que cette compétence ait été transférée au Président du Tribunal de Commerce en vertu de la loi du 11 mars 1924... ; qu'en effet, en donnant au Président du Tribunal Civil le droit de donner mainlevée définitive des oppositions pratiquées, la loi du 31 jujillet 1913 a confié à ce magistrat une mission spéciale et nouvelle, et qui déborde sa compétence normale de juge des Référés... »

La solution de la Cour Suprême supprime un problème que nous avions envisagé au début de cette étude : celui du choix du juge des Référés suivant le tribunal compétent au fond, et transgresse la règle d'après laquelle la nature de la créance règle la compétence du tribunal et par conséquent celle du juge des Référés.

Rappelons l'existence d'une tendance, actuellement très marquée, à désirer une attribution générale de compétence en la matière au Tribunal de Commerce à seule fin de centraliser près de cette juridiction toutes les difficultés soulevées par la vente du fonds de commerce [2]. Telle est par exemple l'opinion de M. Chéron dans sa note au Dalloz 1927.2.5, déjà étudiée. Bien qu'il estime qu'on se trouve en matière d'exécution forcée, il en arrive tout de même à cette

(1) Gaz. Pal. 1936.1.187, sous-note Cour d'Appel de Paris (VI[e] Ch.), 28 novembre 1935.

(2) Projet de loi de M. Cordelet, Sénat, Doc. Parl. Sess. ordinaire, 1912. Annexe n° 246.

conclusion : « le principe suivant lequel la compétence en matière d'exécution est réservée exclusivement au Tribunal Civil de Première Instance nous apparaît comme d'un mérite très contestable... on peut espérer que ce principe continue à s'effriter. »

On n'en est plus aujourd'hui à mettre en doute la valeur du juge consulaire, et il est indéniable que dans ce cas particulier s'il connaissait de toutes les difficultés que peut faire surgir la vente d'un fonds de commerce, il ne tarderait pas à acquérir en la matière une expérience très grande et très utile. Ce serait une solution bien préférable à l'émiettement actuel des attributions entre Tribunal de Commerce, Tribunal Civil, Président de ce Tribunal, et enfin, juge des Référés commerciaux [1].

A la réflexion, on trouve dans la décision de la Cour de Cassation plutôt que l'application d'un principe sévère de Droit, l'expression d'un désir d'ordre moins juridique, celui de barrer la route à une extension trop grande du Référé commercial.

Ce désir est en tous cas en contradiction avec la tendance législative qui se fait actuellement jour et aboutit à reconnaître au juge des Référés commerciaux de nombreux pouvoirs en matière d'exécution.

C'est ainsi que l'article 4 de la loi du 29 juin 1935 en matière de règlement de billets de fonds, stipule, après avoir indiqué que le Président du Tribunal de Commerce statuant en Référé, peut accorder des délais au débiteur, procéder au règlement de plusieurs échéances, et réduire à partir de la demande

(1) En ce sens COHEN, *Traité Théorique et Pratique des Fonds de Commerce*. N° 293.

le montant des intérêts conventionnels et moratoires, que « il doit en même temps ordonner le sursis à toute décision de justice intervenue au sujet des dettes dont il aura réglé l'aménagement... Ses décisions ne seront pas susceptibles d'appel » [1].

L'article 8 prévoit une remise complète des intérêts dûs, dans certaines conditions.

On s'est tout naturellement demandé si le juge dont parle l'article 8 était le Président du Tribunal de Commerce. Il paraît logique de l'affirmer.

En effet, l'article 4 ne fixe pas de limite à la réduction des intérêts et les travaux préparatoires révèlent que le Sénat ayant proposé que l'intérêt réduit ne pût descendre au-dessous de 3 %, cette restriction fut suspendue par la Chambre des Députés.

Soulignons, sans autre commentaire, qu'il n'y a pas de doute que le juge des Référés préjudicie ici au principal puisqu'il supprime radicalement une partie de la dette, et qu'il intervient en matière d'exécution puisqu'il peut ordonner le sursis à toute décision judiciaire précédemment intervenue [2].

Il ne faut donc pas être surpris qu'on en soit bientôt venu à l'idée d'organiser préalablement à toute instance judiciaire un préliminaire de conciliation générale groupant toutes les parties en cause et toutes les actions qu'elles sont susceptibles d'exercer.

Dans ce but, le décret-loi du 25 août 1937 prévoit que le Président du Tribunal de Commerce

---

(1) *J. O.*, 30 mai 1935; D. P. 1935.4.324.

(2) Trib. Civ. Seine (Référés), 8 juil. 1935. — Gaz. Pal. 1935.2.555. — Sem. Jurid. 1935, p. 1.344.

convoquera tous les intéressés par lettre recommandée, sans qu'aucun délai lui soit imparti pour accomplir cette formalité. Il s'efforcera de concilier les parties, et surtout si aucune opposition n'est faite par les plaideurs le juge exercera les fonctions d'amiable compositeur en dernier ressort, avec dispense d'observer toute formalité judiciaire [1].

La loi vient donc elle-même de concentrer dans les mains du juge de Référés commerciaux la totalité des pouvoirs en une matière où elle ne lui avait jusqu'à présent concédé que des bribes de compétence.

Il n'en reste pas moins que la seule volonté d'une des parties peut ramener à sa fonction normale, élargie seulement sur certains points spéciaux par des dispositions législatives impératives, le juge consulaire des Référés. Il suffit à celle-ci de s'opposer à ce que le Président du Tribunal de Commerce joue ce rôle de juge unique, dans lequel il jouit de plus de pouvoirs que n'en dispose jamais le juge civil des Référés.

(1) D. P. 1937.4.242. — *J. O.*, 26 août 1937. — Gaz. Pal. 37.2.1146. — Sem. Jurid. 1937, p. 39.

CHAPITRE II

Conflits rendus possibles du fait de la Compétence d'Attribution du Tribunal Civil portant sur des matières Commerciales

Du principe que le juge des Référés commerciaux est une émanation du Tribunal de Commerce, principe calqué sur celui précédemment admis en matière civile, on déduit obligatoirement que le domaine de compétence de ce juge sera proportionnel à celui du Tribunal dont il est issu.

Or, contrairement à ce que semblerait exiger une stricte logique, tous les litiges sur des affaires commerciales ne sont pas forcément portés devant les juridictions consulaires; et celles-ci, d'un autre côté, ne peuvent statuer indistinctement sur toute contestation née d'un acte de commerce. Et nous ne voulons pas parler ici des nombreux cas où c'est de leur propre gré que les parties négligent la juridiction commerciale; nous ne pensons qu'aux hypothèses où elles ne peuvent, nonobstant le caractère commercial

des intérêts en jeu, se présenter devant d'autres juridictions que le Tribunal Civil.

Quand, aux temps où Colbert réglait la vie économique de la France et s'occupait à la rénover, on s'aperçut, devant l'accroissement constant des échanges commerciaux tant intérieurs qu'internationaux (surtout internationaux), qu'il n'était plus possible de laisser la charge de régler les conflits intervenant à leur propos aux tribunaux civils appliquant un droit inspiré dans son essence des vieux principes romains, principes d'un Droit fait pour un peuple de laboureurs et de guerriers, difficiles comme tels à appliquer aux exigences du trafic commercial nouveau mais déjà suffisamment intense pour provoquer des réformes de structure judiciaire, le Roi voulut conserver à ses tribunaux certaines affaires. Ces affaires intéressaient les difficultés naissant au sujet de privilèges royaux, spécialement de ceux accordés en matière de commerce international et maritime. De ces privilèges la royauté tirait de gros profits qu'il s'agissait de conserver. Or elle redoutait la trop grande liberté des nouvelles juridictions chargées de régler les litiges commerciaux. On garda donc ces matières aux juridictions royales. Et, de nos jours, les Tribunaux de Commerce ne les ont pas vu rejoindre leur domaine de compétence où se trouve cependant manifestement leur place [1].

(1) On ne saurait mieux faire comprendre ce qui se passa à ce moment où le Droit commercial se dégagea de la gangue que lui faisait le Droit civil, s'individualisa, qu'en regardant le phénomène de même nature qui se produit de nos jours, nous voulons dire la naissance et le développement du droit ouvrier.

Dans les occasions où compétence est donnée en matière commerciale au Tribunal Civil, la compétence du juge civil des Référés s'ensuit-elle pour prendre toute mesure provisoire urgente? L'opinion contraire serait difficilement soutenue. On ne saurait, en effet, oublier le principe fondamental suivant lequel une affaire doit être jugée au provisoire par la juridiction qui statue au fond, ou l'organe judiciaire qui en émane.

Section I

CONTESTATIONS CONCERNANT LES BREVETS D'INVENTION

Bien que les opérations de cession portant sur des brevets d'invention soient commerciales, toutes les contestations concernant ces brevets sont de la compétence du Tribunal Civil. L'article 34 de la loi du 5 juillet 1844 dispose en effet : « ...Ces actions ainsi que toutes les contestations relatives à la propriété des brevets seront portées devant le Tribunal Civil de Première Instance [1]. »

Suivant la règle que le juge du principal est aussi le juge de l'accessoire, on en déduit directement que pour les questions urgentes il faudra faire appel pour obtenir une justice expéditive au juge des Référés civils. D'ailleurs l'article 47 vient préciser la compétence du Président du Tribunal Civil : « Les

(1) Cf. Rouen, 14 février 1870; D. P. 1872.2.151. — Cas. Req. 20 août 1870; D. P. 1871.1.335. — Paris, 24 octobre 1912; D. P. 1914.2.11.

propriétaires de brevets pourront, en vertu d'une ordonnance du Président du Tribunal Civil, faire procéder par tous huissiers à la désignation et description détaillée, avec ou sans saisie des objets prétendus contrefaits... » [1].

Section II

CONTESTATIONS CONCERNANT LES MARQUES DE FABRIQUE

Ce sont également les Tribunaux Civils qui connaissent des difficultés relatives aux contrefaçons de marques de fabrique ou de commerce [2]. L'article 17 de la loi du 23 juin 1857 reproduit presque mot à mot l'article 47 de la loi du 3 juillet 1844, et permet de même au Président du Tribunal de Première Instance d'autoriser la saisie-arrêt d'objets marqués au préjudice du requérant. Ici encore le juge des

---

(1) En matière d'usurpation de nom, l'action civile, bien que relative à un nom patronimique et soulevant un intérêt de famille est de la compétence du Tribunal de Commerce lorsqu'elle est exercée indépendamment de l'action pénale, l'intérêt principal de ceux qui l'exercent étant un intérêt commercial et la juridiction des Tribunaux de Commerce s'étendant à toutes les contestations entre commerçants pour actes ou faits de leur commerce. Loi du 28 juillet 1824. — Cf. Cass. Civ., 12 novembre 1856; D. P. 1856.1.392.

(2) Ceci évidemment lorsque l'action pénale n'est pas mise en jeu et que seules sont demandées des réparations civiles. — Cf. Cass. Civ. 22 mars 1864; D. P. 1864.1.334. — Cass. Civ., 15 avril 1878; D. P. 1879.1.169. — Le principe de la compétence n'est d'ailleurs vrai que pour les actions en contrefaçon et en revendication basée sur la loi de 1857, c'est-à-dire sur un dépôt préalable. Les Tribunaux de Commerce demeurent compétents pour l'action en concurrence déloyale par exemple. Cf. Orléans, 20 janvier 1864; D. P. 1864.5.503.

Référés civils tranchera les questions urgentes [1]. Il va de soi que l'ordonnance autorisant les mesures demandées par le requérant est très généralement considérée comme un acte de juridiction gracieuse contre lequel nul recours n'est possible. Mais il est admis par la pratique qu'en cas de difficultés soulevées par l'exécution de l'ordonnance il peut en être référé au Président du Tribunal, et c'est ce qui est habituellement prévu par les termes de l'ordonnance [2].

Section III

CONTESTATIONS CONCERNANT LES TITRES AU PORTEUR PERDUS OU VOLES

Citons pour terminer un dernier cas où on fera appel à la juridiction civile dans un litige de nature commerciale bien qu'il ne s'agisse pas d'exécution..

C'est le cas prévu par la loi du 15 juin 1872 qui autorise le Président du Tribunal Civil à donner mainlevée d'une opposition sur titres au porteur perdus ou volés [3].

L'intervention du juge dans cette hypothèse sera encore plus utile que lorsqu'il s'agira d'autoriser l'opposition, cas auquel on n'hésite cependant pas à

---

(1) En Belgique, il en est exactement de même (loi du 24 mai 1854), mais les questions relatives aux marques ont été laissées à la juridiction commerciale (loi du 1er avril 1879, art. 15).

(2) Lyon, 1er décembre 1871; D. P. 1871.5.39. — Paris. 10 août 1809; D. P. 1891.2.23. Cf. Pouillet 1915, *Traité théorique et pratique des brèvets d'invention.*

(3) D. P. 1872.4.112.

parler dans l'exposé des motifs, d'impérieuse nécessité [1].

Du bref examen que nous venons de faire, des contestations de nature commerciale attribuées par la loi aux Tribunaux Civils, que conclure?

On est bien forcé de constater que, dans la plupart des cas d'intervention du Président du Tribunal Civil spécialement prévus par la loi ce magistrat n'agira pas pour permettre la conservation d'un état de fait, pas plus que pour faire acte d'administrateur, mais bien plutôt pour permettre l'établissement de la preuve d'une fraude, preuve qui servira de base à une demande de dommages et intérêts faite en règle générale par l'intéressé, partie civile, au cours d'une action devant le Tribunal répressif.

Ce qui est non moins certain, c'est qu'on ne trouve pas de décisions de jurisprudence contestant la compétence du juge civil des Référés pour ordonner des mesures urgentes autres que celles prévues par des textes particuliers, et l'attribuant au magistrat consulaire.

S'il s'en produisait, quelle solution adopter? L'hésitation n'est pas permise. On se trouve en présence de questions qui, dans la pratique quotidienne, peuvent être qualifiées commerciales, mais qui, au point de

---

(1) Par contre, la loi du 17 juillet 1909 sur la contrefaçon des dessins et modèles ne porte aucune disposition relative à la compétence. Il faut appliquer le droit commun. En conséquence, l'action civile intentée isolément doit être portée devant le Tribunal de Commerce ou devant le Tribunal Civil, suivant les règles habituelles de compétence. Ainsi, les Tribunaux de Commerce connaissent de la contrefaçon de dessins et modèles quand les actions sont engagées par un commerçant contre un autre commerçant à raison de faits relatifs à leur commerce. Paris, 24 octobre 1912. — D. P. 1914.2.111.

vue judiciaire, rentrent d'une façon absolument générale dans la compétence du Tribunal Civil.

Suivant l'article 417 du Code de Procédure Civile, le juge des Référés commerciaux sera certainement incompétent pour en connaître. Et cette incompétence sera comme pour tous les litiges ressortissant au fond aux tribunaux civils, *ratione materiæ*, absolue.

CHAPITRE III

Conflits tenant au doute sur la Nature de certains Actes

On se rappelle comment une divergence d'opinions sur la catégorie d'actes à laquelle il fallait rattacher l'opposition prévue à l'article 3 de la loi du 17 mars 1909 avait pu servir de tremplin à une longue discussion sur le bien fondé de la compétence attribuée au Président du Tribunal Civil par le législateur [1].

Il arrive que, la compétence n'étant pas déterminée d'avance, une incertitude analogue conduise à une hésitation encore bien plus regrettable sur le choix par les plaideurs de la juridiction à laquelle ils s'adresseront.

Le doute peut ainsi naître de l'imprécision de la qualification soit de l'acte qui donne naissance au procès, soit de la demande adressée au juge des Référés.

(1) Voir *supra.* p. 63 et suivantes.

Section I

LE DOUTE PORTE SUR LA NATURE DE L'ACTE QUI DONNE NAISSANCE AU PROCES

§ I

Difficultés relatives aux Sociétés

I. — Sans aucun doute, les difficultés relatives aux Sociétés commerciales entrent normalement dans la compétence des Tribunaux de Commerce. On en déduit que le juge des Référés civils ne peut, dans aucun cas, statuer sur les litiges relatifs à l'administration, à la mise en liquidation ou sous séquestre d'une Société commerciale, au séquestre d'effets commerciaux.

Citons en exemple un arrêt de la Cour d'Appel de Paris du 9 mars 1883 [1] : « Considérant que la Société est commerciale par sa nature, que par suite les questions concernant son administration, sa mise sous séquestre ou en liquidation, présentent le même caractère et ressortissent aux tribunaux de commerce. ... Considérant que la juridiction des Référés repose sur les mêmes principes que celle des tribunaux civils, que dans tous les cas où le tribunal est incompétent pour connaître au principal de la demande, le juge des Référés l'est également quant aux mesures provisoires et d'urgence qu'il y avait lieu d'ordonner... »

(1) S. 1884.2.102.

Et cependant il a été jugé que le Président du Tribunal Civil est compétent pour statuer sur la contestation ayant trait à la cession d'actions, un peu spéciales, il est vrai, d'une Société commerciale. Arrêt de la Cour d'Appel de Paris du 24 juillet 1929 [1] : « Considérant que le conflit qui divise les parties porte sur la cession d'actions d'apport encore attachées à la souche, et non négociables en bourse, cession qui ne pouvait intervenir que par la voie civile, à laquelle les parties ont eu recours en fait; que s'agissant dès lors d'une difficulté relative à l'exécution d'un contrat civil, le Président du Tribunal Civil était seul compétent à l'exclusion du Président du Tribunal de Commerce... »

La Cour de Paris motive l'incompétence du juge consulaire en attribuant à la cession des actions un caractère civil du fait de sa forme. La contestation était née, comme le dit le considérant cité, au sujet d'une cession d'actions d'apport encore attachées à la souche et non négociables par application de l'article 3 de la loi du 24 juillet 1867, modifiée par la loi du 1er août 1893. Mais ces actions, si elles ne sont pas négociables, peuvent faire l'objet d'une cession valable dans les formes de l'article 1690 du Code Civil [2]. En effet, d'après MM. Lyon-Caen et Renault [3], pendant les deux ans qui suivent la constitution de la Société, la loi en déclarant non négociables les actions d'apport leur enlève le caractère

(1) S. 1930.2.143. Paris, 24 juillet 1929.

(2) Signification à la société ou acceptation par elle dans un acte authentique.

(3) Lyon-Caen et Renault, *Traité de Droit Commercial*. T. II, n° 732.

d'actions au porteur ou nominatives pour les considérer comme des titres de créance à personne dénommée, transmissibles comme tels dans les formes et avec les effets des titres de cette sorte. On veut éviter la fraude possible des associés qui doivent faire des apports à la Société.

La solution contraire peut être défendue avec des arguments solides, et on pourrait soutenir que même accomplie dans les formes de l'article 1690 du Code Civil, la cession d'actions d'apport d'une Société anonyme est un acte de commerce, car sauf dans les cas où la loi en a décidé autrement, par exemple dans l'article 68 de la loi du 24 juillet 1667, complétée par celle du 1er août 1893 [1], le caractère civil ou commercial d'un acte ne dépend pas de la forme d'un acte mais de son objet. C'est par l'objet, non par la forme, que la vente civile se distingue de la vente commerciale. Le même procédé technique servira à réaliser indifféremment un acte civil ou un acte commercial. Pourquoi le moyen prévu par l'article 1690 du Code Civil échapperait-il à cette règle? Une cession de créance faite par un commerçant dans l'intérêt de son commerce serait certainement un acte de commerce, bien qu'elle soit réalisée dans les formes de l'article 1690 du Code Civil. Pourquoi en serait-il autrement quand ce procédé est employé pour transférer à un tiers la propriété d'actions d'une Société

(1) Quel que soit leur objet, les sociétés en commandite ou anonymes qui seront constituées dans les formes du Code de Commerce ou de la présente loi, seront commerciales et soumises aux lois et usages du commerce. L'article 3 de la loi du 7 mars 1925 dispose de même : « Quel que soit leur objet les sociétés à responsabilité limitée seront commerciales et soumises aux lois et usages du commerce. »

de commerce? Est-ce parce qu'il existe un autre procédé pour faire cette transmission? Mais ce procédé n'a rien de spécifiquement commercial. D'autre part, ne faut-il pas toujours tenir compte de l'intention des parties qui a fort bien pu être d'accomplir un acte de commerce caractérisé? Si on admet ce raisonnement, celui de la Cour de Paris apparaît inexact, et les conclusions en doivent être rejetées. Le Président devra être reconnu comme compétent pour nommer par exemple comme dans l'affaire précitée, un sequestre [1].

II. — Epuisons de suite cette matière des sociétés, où en ce qui concerne les Référés d'autres difficultés ont encore surgi pour des raisons identiques d'imprécision de qualification.

M. le Sénateur Poulle, rapporteur de la loi du 11 mars 1924 au Sénat, s'est attaché à définir le but et l'intérêt du Référé, et il dit notamment : « Cette procédure simple et rapide... désormais il ne sera plus besoin d'avoir recours à une instance principale pour obtenir certaines mesures urgentes : expertises, communication de documents destinés à établir la situation d'une Société à la veille d'une Assemblée générale et demandée par un actionnaire... » [2].

Il y a au sujet de ce dernier avantage une évolution assez curieuse à noter en jurisprudence, évolution que tracent les différentes réponses faites à cette question : « le fait de prendre des actions dans une

(1) Tel est aussi l'avis de M. Ropers. Rev. Trim. 1933, p. 12.
(2) Sénat, Doc. Parl. 1920. Annexe 327. — *J. O.*, 21 avril 1920.

Société constitue-t-il forcément un acte de commerce? ».

La Cour de Bordeaux, dans un arrêt du 22 mars 1893 [1], avait répondu non, et admis que dès lors l'actionnaire n'étant que détenteur du titre n'était pas justiciable du Tribunal de Commerce et pouvait agir devant le Président du Tribunal Civil en Référé, lequel avait pouvoir pour lui faire communiquer dans les délais fixés par l'article 35 de la loi du 24 juillet 1867 l'inventaire et la liste des actionnaires.

Cependant, à la même époque, la Cour de Cassation recevait que l'apport de capital à une Société implique une spéculation qui emprunte son caractère à la nature des opérations de la Société, et qui doit ainsi être rangée dans les actes de commerce déterminés par les articles 632 et 633 du Code de Commerce. Beaucoup d'auteurs sont de cet avis. Toutefois, ils reconnaissent en même temps l'intérêt de donner au juge des Référés le droit de statuer sur les difficultés auxquelles peut donner lieu la communication prescrite par l'article 35 de la loi du 24 juillet 1867 [2].

Puis un arrêt du 25 juillet 1895 [3] vint décider que la personne qui achète une action devient associé, et acquiert tous les droits qui se rattachent à cette qualité. Et c'est précisément pour permettre à l'actionnaire d'exercer en connaissance de cause son contrôle

---

(1) D. P. 1893.2.528.

(2) Req. 3 mars 1863; D. P. 1863.1.25. — Ch. Civ., 13 août 1856; D. P. 1856.1.343.
Vavasseur, *Traité des Sociétés Commerciales et Civiles.* T. I, n° 353. — Lyon-Caen et Renault, p. 171, n° 2.

(3) D. P. 1896.1.180

sur la marche de la Société que la loi du 24 juillet 1867 (article 35) l'autorise à prendre connaissance de certaines pièces quinze jours avant la réunion de l'Assemblée générale.

Les contestations auxquelles peut donner lieu l'exercice de ce droit entre les administrateurs de la Société et lui constituent nécessairement des contestations entre associés à raison d'une Société de commerce. Nonobstant l'urgence, le juge des Référés civils est donc incompétent. La Cour de Paris va même plus loin et admet la compétence du Tribunal de Commerce pour autoriser cette communication.

Aujourd'hui la compétence du juge des Référés commerciaux ne saurait plus faire de doute.

III. — Une autre disposition de la même loi pose un problème tout à fait analogue.

A l'article 28 on peut lire, en effet : « Dans toutes les Assemblées générales les décisions seront prises à la majorité des voix. Il est tenu une feuille de présence. Elle contient les noms et domicile des actionnaires, et le nombre d'actions dont chacun est porteur. Cette feuille, certifiée par le Bureau de l'Assemblée, est déposée au siège social et doit être communiquée à tout requérant ». Cette prescription est une sage précaution contre les fraudes dont la tenue des Assemblées est fréquemment l'objet.

Par conséquent, aux termes de cet article, la feuille de présence qui est tenue à chaque Assemblée doit être communiquée « à tout requérant ». La communication peut donc être demandée par un actionnaire ou un non actionnaire, à quelque époque que ce soit,

pour toutes les feuilles de présence ou pour une seule d'entre elles. Et c'est le Président du Tribunal Civil qui l'ordonnera dans tous les cas où le demandeur établira l'intérêt que présente pour lui une communication rapide.

Telle était l'opinion adoptée par un arrêt de la Cour d'Appel de Paris du 7 juin 1894 [1]. Le raisonnement tenu ne manque pas d'originalité. La décision reconnaît l'incompétence du Président du Tribunal Civil pour statuer sur les contestations rentrant quant au fond dans la compétence des tribunaux de commerce. Mais, s'il s'agit d'une simple mesure d'urgence, dont la solution n'implique ni ne préjuge celle d'aucun litige d'ordre commercial, le juge des Référés a qualité pour l'ordonner.

Ainsi particulièrement il lui appartient de statuer sur une demande de communication de la feuille de présence des actionnaires ayant assisté à l'Assemblée générale, l'article 28 de la loi du 24 juillet 1867 accordant le droit de requérir cette communication à toute personne invoquant un intérêt légitime, et une telle demande ne pouvant être considérée comme constitutive de contestation entre associés, rentrant dans la compétence des tribunaux consulaires. Le juge des Référés civils n'est incompétent que dans le cas où la demande, dans les termes où elle est formulée, imprime à l'instance un caractère commercial.

S'agit-il d'une demande émanant d'un tiers intéressé quelconque, dans les cas exceptionnels où les tiers non associés peuvent être autorisés à requérir

---

(1) D. P. 1898.2.17.

des communications de cette nature? L'instance revêt alors un caractère civil, et la compétence de droit commun du Président du Tribunal Civil s'impose, à la seule condition qu'il s'agisse d'une question d'urgence et ne préjudiciant pas au fond du débat.

M. P. Pic, dans sa note sous l'arrêt précité, fait remarquer qu'il n'est nullement contradictoire d'accorder compétence au Président du Tribunal Civil pour statuer sur une demande en communication de pièces basée sur l'article 28 de la loi du 24 juillet 1867, et de la lui refuser lorsque la demande se fonde, comme dans l'arrêt du 25 juillet 1895, sur l'article 35 de la même loi.

L'article est, en effet, une disposition d'ordre public, parce que tout intéressé est susceptible de s'en prévaloir, associé ou non. Il n'y a pas là de contestation commerciale. Au contraire, l'article 35 donne aux seuls associés le droit de se voir communiquer la liste des actionnaires, l'inventaire. On se trouve alors en présence, évidemment, de quelque chose touchant de façon plus intime au fonctionnement de la Société, et qu'il serait peu indiqué de permettre à trop de gens de connaître.

Il reste que, actuellement, le juge des Référés commerciaux a en cette matière une compétence générale, mais que dans le cas de l'article 28 le demandeur aurait toute latitude, malgré la loi du 11 mars 1924, pour s'adresser au juge civil des Référés.

§ II

Des cas où une contestation sérieuse est soulevée sur l'acte qui donne naissance au litige

De ce que le Président du Tribunal de Commerce peut connaître des faits et actes du commerçant accessoires à son commerce tels que contrats ou quasi-contrats, délits ou quasi-délits, on conclut qu'il sera par exemple compétent pour statuer sur la demande d'expulsion du locataire d'un fonds de commerce.

Mais s'il est exact à ce point de vue que la compétence du juge des Référés commerciaux peut exclure celle du juge des Référés civils, encore faut-il que l'acte en vertu duquel le locataire est entré dans les lieux soit un acte de commerce. C'est ce que l'on doit déduire d'un arrêt de la Chambre Civile en date du 14 novembre 1923[1].

Cette décision portait que « devait être cassé l'arrêt qui tout en reconnaissant le caractère commercial d'un contrat par lequel le propriétaire d'un fonds de commerce en avait concédé la gérance à un tiers, confirmait cependant l'ordonnance par laquelle le juge des Référés civils avait enjoint au gérant de quitter les lieux où était installé le fonds, sous prétexte qu'une sommation que le propriétaire avait

(1) Escarra, *Traité précité.* T. I., p. 724. — S. 1925.1.49. — Voir également : Trib. de Com. Seine (R.), 13 mars 1925. Rev. Prat. Trib. Com. Seine, 1926.1.73. — Même Trib., 12 janv. 1931. Même Rev. 1931.7.233.

fait signifier au gérant avait mis fin au contrat, alors que la question de savoir quels ont pu être les effets de cette sommation dépend de l'interprétation à donner au contrat litigieux dont la connaissance, à raison de son caractère commercial, n'appartient qu'au Tribunal de Commerce... »

En effet il faut, pour que le juge des Référés commerciaux soit compétent, que l'acte soit en cours d'exécution, et non que l'on demande par exemple l'expulsion d'un occupant sans titre. Si le titre ne produisait plus effet, s'il était nul et qu'aucune contestation sérieuse ne fut soulevée sur ce point, il n'y aurait plus à proprement parler de difficulté portant sur un acte de commerce, et c'est au juge des Référés civils qu'il appartiendrait d'ordonner l'expulsion, ainsi dans l'exemple précité s'il n'y avait eu aucune contestation sérieuse sur le défaut de titre de l'occupant.

On voit ici apparaître une autre notion que celles contenues dans le Code de Procédure Civile aux articles traitant du Référé, la notion de « contestation sérieuse ».

Dans notre exemple, le problème se posait de la façon suivante :

Le juge des Référés civils ordonne l'expulsion du gérant d'un fonds de commerce, occupant sans titre du fait que le juge admet que la sommation faite par le propriétaire au dit gérant a mis fin au contrat. Or cette façon de voir n'est pas inattaquable puisque la question de savoir quels ont pu être les effets de la sommation dépend de l'interprétation à donner au contrat. S'il est exact que celui-ci prend fin du fait de la sommation, c'est à raison que le juge aura

ordonné l'expulsion. Dans le cas contraire, il aura outrepassé sa compétence.

Il s'agit en somme, pour le juge des Référés auquel s'adresse la demande, d'apprécier s'il peut se fonder sur un acte de caractère civil ou sur l'absence d'acte de caractère commercial, pour statuer. S'il y a contestation sérieuse sur le caractère de l'acte ou sur son existence, il doit refuser l'ordonnance.

Pour se rendre compte de l'existence de cette contestation, le juge n'aura pas d'autre moyen que d'examiner les droits des parties. Or cet examen ne lui est-il pas interdit par l'interdiction qui lui est faite de préjudicier au principal?

On sait fort bien que le principe suivant lequel le juge des Référés ne peut préjudicier au principal ne signifie nullement que l'ordonnance ne devra jamais causer de dommages définitifs au défendeur, et encore bien moins que le juge des Référés affichera une indifférence absolue et obligatoire quant aux droits des plaideurs. Force lui est, en effet, s'il ne veut créer une situation provisoire factice et arbitraire, d'apprécier ne serait-ce que l'apparence de ces droits dont il va permettre soit l'exercice provisoire, soit la conservation. On ne voit pas bien comment il pourrait avoir la certitude de ne pas toucher au fond du litige et de le préserver s'il n'en avait pas une connaissance relativement précise.

Il est donc absolument normal que pour trancher la difficulté qui lui est soumise, il apprécie les titres et les actes non contestables qui lui sont soumis (les statuts d'une société par exemple). Mais, dit Glasson[1] :

(1) Glasson, Traité cité. T. II., p. 245.

« ...Le juge du provisoire ne peut, même provisoirement, interpréter les titres, jugements et contrats produits par les parties si l'interprétation donne lieu à contestation sérieuse. Il ne peut même provisoirement affirmer l'existence du droit contesté, des titres contestés, si du moins la contestation est sérieuse. Autrement, il préjuge la solution du fond. »

Si on n'admettait pas cette distinction, on ne voit vraiment pas comment le juge des Référés pourrait remplir sa mission.

La difficulté, on le sent bien, va donc résider, pour le juge des Référés, à décider le moment où en appréciant les droits et titres des parties pour découvrir les motifs implicites de sa décision, il risque de sortir de son domaine de compétence parce qu'il se heurte à une contestation sérieuse.

Le caractère « sérieux » de la contestation doit seul arrêter le juge. A défaut de cette condition, il dépendrait d'un défendeur de mauvaise foi de paralyser les pouvoirs du juge des Référés.

Cette notion prend actuellement une importance de plus en plus grande[1] et tend à devenir un principe dominant du Référé. Les premiers principes sont peu à peu réduits au rôle de frein, et servent moins à interdire qu'à restreindre le désir des plaideurs qui souhaitent une mesure provisoire. Cette mesure, on l'accorde de plus en plus facilement à condition qu'il n'y ait pas de contestation sérieuse.

La notion de contestation sérieuse elle-même tend à devenir de plus en plus étroite. On finit par ne plus voir de contestation sérieuse dans certains cas

(1) Cas. Req. 11 mai 1932. — S. 1932.1.323.

où une modification de fait est pourtant de nature à créer un préjudice de droit, mais où le juge des Référés évalue d'une façon relative, somme toute, le droit des parties, et donne raison à celui qui semble nettement le plus fort.

Dans l'arrêt cité en tête de ce paragraphe, nous avons pu voir que le fait, pour le juge des Référés, de nier l'existence de la contestation sérieuse équivalait pour lui à reconnaître sa compétence.

Prenons une situation identique après la loi du 11 mars 1924. Un juge civil des Référés qui se reconnaîtrait incompétent pour ce motif qu'une contestation sérieuse serait soulevée sur le contrat, base de la demande, aboutirait à transmettre la compétence en matière de Référé au juge consulaire, après que le Tribunal de Commerce aurait admis évidemment que la sommation faite au gérant n'avait pas détruit le contrat. Jusqu'au jugement de la juridiction consulaire, les deux juges des Référés seraient par contre également incompétents.

Section II

LE DOUTE PORTE SUR LA NATURE DE L'ACTE DEMANDE AU JUGE DES REFERES

§ I

Depuis la loi du 11 mars 1924, le Président du Tribunal de Commerce peut-il autoriser une saisie-arrêt pour une créance commerciale?

Dans tous les ouvrages qui traitent des voies d'exécution, on trouve cette définition de la saisie-arrêt : « La saisie-arrêt est la procédure par laquelle un créancier fait défense au débiteur de son débiteur de se libérer entre les mains de ce dernier, et demande à la justice d'ordonner que les deniers ou la valeur des effets mobiliers devenus indisponibles par la saisie-arrêt lui soient attribués [1]. »

A première vue, il n'y a donc rien qui puisse permettre la moindre ingérence du juge consulaire.

Mais l'article 558 du Code de Procédure vient décider : « S'il n'y a pas de titre, le juge du domicile du défendeur, ou même celui du domicile du tiers saisi, pourra sur requête permettre la saisie-arrêt ou opposition. »

Il est hors de doute que l'autorisation de saisir arrêter est accordée en principe et en toute matière,

(1) Glasson, Tissier et Morel, *op. cit.* T. II (3e éd.), p. 177.

civile et commerciale, par le Président du Tribunal Civil [1]. Mais lorsqu'il s'agit d'une saisie en vertu d'une créance commerciale, on est inévitablement conduit à se demander si le saisissant qui n'a pas de titre ne pourrait pas s'adresser au Président du Tribunal de Commerce pour obtenir l'autorisation de former opposition sur les sommes dues à son débiteur. Il apparaît en effet que ce magistrat se trouve particulièrement qualifié pour permettre une saisie-arrêt en vertu d'une telle créance.

Théoriquement et pratiquement, aucun magistrat ne saurait l'être plus que lui pour décider de l'existence de la créance, de son exigibilité, et pour la liquider le cas échéant. Cela d'autant plus que plus tard, s'il faut régler un conflit sur l'existence ou le quantum de la créance, ce sera le Tribunal de Commerce qui statuera; et le Tribunal Civil, dans la suite de la procédure, quant à l'assignation en validité, devra surseoir à statuer jusqu'à ce que le Tribunal consulaire ait pris une décision. Et cela arrivera fréquemment, car le juge aura, au moment où il autorisera la saisie, une mission bien délicate à remplir.

D'ailleurs, quand l'article 417 du Code de Procédure Civile donne compétence au Président du Tribunal de Commerce pour toutes les affaires qui sont au fond de la compétence de ce tribunal, il ne semble pas s'opposer à ce que ce juge autorise une saisie-arrêt en vertu d'une créance commerciale.

Mais la question n'est pas aussi simple à résoudre, et encore qu'il puisse sembler difficile en l'état actuel de la législation de refuser compétence au magistrat

---

(1) Carré et Chauveau, *op. cit.* T. IV, quest. I, 1930.

consulaire, il nous faut voir de plus près les arguments que l'on peut présenter pour soutenir cette opinion, ceux dont on se sert pour la combattre, et l'estime en laquelle il faut les tenir.

Si nous admettons (nous le ferons) que le Président du Tribunal de Commerce peut donner une pareille autorisation, nous serons amenés à nous demander s'il faut laisser subsister la compétence du magistrat civil en la matière.

Répondant affirmativement à cette question, il nous faudra montrer qu'on ne contrevient pas, ce faisant, à la règle « *una via electa...* » largement comprise, c'est-à-dire eu égard aux juridictions civiles et commerciales.

Il y a fort longtemps que l'on soutient la compétence du Tribunal de Commerce pour donner l'autorisation de saisir-arrêter sans titre. Dans notre ancien Droit, un arrêt de règlement de 1755 avait accordé aux juges-consuls ce droit [1].

Dès avant 1924, des auteurs comme Molinier [2] en France et Leurquin [3] en Belgique avaient été jusqu'à soutenir que le Président du Tribunal de Commerce pouvait seul autoriser la saisie pour une créance commerciale [4].

M. Garsonnet estime que par juge susceptible d'autoriser une saisie-arrêt, il faut entendre « ...en matière

---

(1) Roger, *Traité de la saisie-arrêt*, n° 141, p. 116, cité par Ropers.

(2) *Traité de Droit Commercial*. T. I., n° 549.

(3) Code de la saisie-arrêt, n° 144.

(4) Voir également : Cour d'Appel de Bruxelles, 23 décembre 1911; S. 1912.4.122.

commerciale le Président du Tribunal de Commerce ou son remplaçant. Mieux placés que quiconque pour juger de l'opportunité de la saisie-arrêt, ils ont certainement qualité pour la permettre [1] ».

D'assez nombreuses décisions de jurisprudence partagent aussi cet avis [2].

La Chambre Civile de la Cour de Cassation a elle-même admis, bien qu'implicitement, la même thèse en disant dans son arrêt du 11 décembre 1923 [3] : « ...Attendu qu'aucune disposition légale n'attribue aux Tribunaux de Commerce la connaissance des demandes en mainlevée ou en validité des saisies-arrêts autorisés par leurs Présidents. »

Sur quels préceptes juridiques s'appuient auteurs et tribunaux? Il ne semble pas que ce soit, comme le prétend M. Glasson, sur une extension abusive de l'article 417 du Code de Procédure Civile, mais bien plutôt sur une distinction entre le début de la saisie-arrêt et la suite de la procédure. A son commencement la saisie-arrêt ne serait, pensent-ils, qu'un acte conservatoire. A partir du jugement de validité seu-

(1) Garsonnet, *Traité élémentaire de voies d'exécution*, 1894, p. 65.

M. Glasson refusait compétence au Président du Tribunal de Commerce (T. cité, n° 1237), mais dans l'édition publiée en 1932 par M. Morel, on lit : « ...En tous cas, si on admet la compétence du Président du Tribunal de Commerce, il faut décider en premier lieu que cette compétence n'est pas exclusive et que le créancier a toujours le droit de s'adresser au Président du Tribunal Civil. » (Glasson, Tissier et Morel, Tr. cité. T. IV, p. 201). — Dans le même sens : Josserand, *Précis élémentaire de voies d'exécution* (1925), n° 83.

(2) Paris, 16 janvier 1861; D. P. 1861.2.158. — Aix, 11 avril 1878; D. P. 1878.2.246. — Trib. Civ. Seine (Réf.), 18 juil. 1935; Gaz. Pal. 1935.2.356.

(3) D. P. 1926.1.45.

lement, on se trouverait en présence d'un acte d'exécution.

M. Bazot[1] rappelle que Pothiers distinguait la « saisie-arrêt » et le « simple arrêt », qui, basé sur un titre privé, n'était qu'un acte conservatoire. Le Code de Procédure Civile a fondu les deux mesures en une seule. Mais la saisie-arrêt, opération complexe en deux temps, continue à ne devenir une mesure d'exécution que sur la fin de la procédure. Au début le créancier ne prend qu'une mesure de précaution et ce n'est qu'ensuite, et s'il n'est pas payé, qu'il se fait attribuer la chose du débiteur. Et l'auteur cite un passage des travaux préparatoires. Dans la séance du 5 prairial an VIII, l'Archichancelier avait émis l'avis que la saisie-arrêt n'eut lieu qu'en vertu d'un jugement. M. Treillard répondit que « ...la saisie-arrêt n'était autre chose qu'un acte conservatoire... »

La procédure de saisie-arrêt revêt donc un double caractère : dans son principe acte conservatoire elle peut se transformer dans l'intérêt du créancier en acte exécutoire par l'intervention du Tribunal Civil.

A l'appui de cette thèse, M. Appleton présente un raisonnement par lequel il assimile le tiers saisi à un sequestre. En effet, quand il a reçu l'exploit de saisie-arrêt, le tiers saisi, s'il ne peut plus se libérer entre les mains du débiteur saisi, ne doit pas encore verser sa dette au saisissant. Il la paiera à qui sera désigné par décision judiciaire. Il intervient donc bien comme un vrai sequestre. Or, la constitution d'un sequestre est un acte conservatoire. Tel est donc aussi

(1) Ordonnances sur Requête et sur Référé, p. 103.

le caractère de la saisie-arrêt à ce moment de son évolution.

Bien que nous l'ayons déjà noté, nous ne croyons pas inutile de revenir sur l'intérêt pratique que présente l'adoption de cette théorie.

Quel est le rôle du juge appelé à autoriser une telle saisie? En l'absence de titre authentique ou privé, le législateur confie à la prudence du magistrat le soin d'examiner la vraisemblance qui ressort de certaines situations de fait, de rechercher s'il y a une créance rendue probable par les circonstances. Personne ne saurait être mieux placé pour faire cette appréciation en matière commerciale que le Président de la juridiction consulaire, car ici les usages, la notoriété, la connaissance des habitudes commerciales et de l'esprit des commerçants seront des facteurs essentiels de décision [1].

Cependant les partisans de la théorie opposée présentent de sérieux arguments.

Pour eux, il s'agit de démontrer que l'article 558 du Code de Procédure Civile a donné au Président du Tribunal de Première Instance, une compétence spéciale et exclusive pour autoriser la saisie-arrêt dans ces conditions. Pour le démontrer, ils rapprochent cette saisie de la saisie exécution et de la saisie immobilière. Ces deux dernières, remarquent-ils, préludent par une mesure conservatoire pour arriver cependant à une exécution. Personne n'a jamais pensé à en faire des actes conservatoires. Ce qui est vrai pour celles-ci est vrai pour celle-là, et un acte qui est destiné à

(1) C. de Lyon, 10 avril 1933. Mont. Jud. de Lyon, 12 mars 1935.

avoir à un moment donné les effets d'un acte d'exécution, doit toujours, même dans son principe, être considéré comme un acte d'exécution [1]. Il est inutile d'insister sur ce qu'une pareille comparaison a de hasardeux.

La Cour d'Appel de Paris a très récemment fait appel à une notion particulière pour soutenir l'incompétence du Président du Tribunal de Commerce. Dans un arrêt du 11 avril 1935 [2], elle déclare que cette autorisation constitue un acte de juridiction gracieuse relevant exclusivement du juge civil, que la loi instituant le Référé commercial n'a pas étendu la compétence du Tribunal de Commerce, incompétent pour statuer sur la validité de la saisie-arrêt, ni par suite celle du Président de ce Tribunal; que ce magistrat n'a d'autres pouvoirs en la matière que celui qui lui est conféré par l'article 417 de Code de Procédure Civile.

Nous pensons qu'il est inexact de dire que l'ordonnance autorisant la saisie-arrêt sans titre soit un acte de juridiction gracieuse. C'est à tort que l'on comprend dans la juridiction gracieuse toutes les mesures prises sur requête et sans contradiction. La juridiction gracieuse suppose davantage; elle suppose essentiellement que le demandeur n'ait pas d'adversaire contre lequel soit dirigée la mesure sollicitée. Mais dès l'instant que cet adversaire existe, dès l'instant qu'il peut manifester son existence (et nous verrons qu'il

---

(1) Trib. Civ. (R.) 18 juil. 1935. Sem. Jurid. 1935, p. 1344.

(2) S. 1935.2.216. — Gaz. des Trib. 4 juil. 1935. — Sem. Trim. 1935, p. 1021; D. H. 1936. Somm., p. 7. — *Contra* : Glasson, Tissier et Morel, 3e éd. T. IV, n° 1.033, p. 399-400.

le peut grâce à la clause de réserve de Référé), il n'y a plus à proprement parler juridiction gracieuse [1].

On a encore soutenu la compétence du magistrat civil en reprenant fort habilement un argument des partisans de la théorie opposée, en soutenant que s'il était exact que la saisie-arrêt fût une mesure grave dans ses conséquences pratiques, car elle porte atteinte au crédit du commerçant du fait qu'on la considère comme un indice certain d'insolvabilité ou tout au moins comme un indice de solvabilité douteuse, qu'en conséquence la situation d'une personne peut se trouver gravement compromise par l'atmosphère de méfiance que cette mesure va créer autour de l'intéressé, que s'il était indéniable d'autre part que le juge consulaire fût le mieux placé pour tenir compte de tout cela, il n'en reste pas moins que prenant une décision après avoir entendu l'une des parties seulement, il pourra se tromper et dans ce cas se trouvera dans l'impossibilité de revenir sur sa décision.

Cet argument ne vaut plus depuis l'institution du Référé commercial [2]. Désormais maître d'accorder ou de refuser son autorisation, le juge consulaire peut l'accorder seulement sous condition, tout comme le Président du Tribunal de droit commun. Et cette condition sera celle que le juge des Référés civils a depuis longtemps insérée dans son ordonnance auto-

---

(1) Trib. de Com. de la Seine, 14 février 1927; D. H. 1927, p. 236.

(2) Trib. de Com. de la Seine, 14 février 1927; D. H. 1927, p. 236. Solution implicite. « Le Président du Tribunal de Commerce qui a, par ordonnance, autorisé une saisie-arrêt ne peut rapporter la dite ordonnance l'instance en validité étant déjà engagée devant le Tribunal compétent. »

risant saisie-arrêt, c'est-à-dire « qu'il lui en sera référé en cas de difficulté » [1].

M. P. Vence rapporte que les ordonnances sur requête autorisant saisie-arrêt ne sont rendues à Marseille que sous réserve de maintien ou de rétractation après revision dans un certain délai après dénonciation de la saisie [2].

Pour que cette clause ait toute sa valeur, il faut que le saisi puisse présenter sa demande en rétractation en temps utile. Il ne pourrait le faire si, comme cela est normal, il ne connaissait la saisie que par la dénonciation qui lui en est faite en même temps que lui est donnée l'assignation en validité. Pour parer à ce danger, le juge qui autorise la saisie introduit souvent dans son ordonnance une disposition aux termes de laquelle le saisissant doit signifier son ordonnance par un acte distinct et laisser s'écouler un certain délai avant d'assigner en validité. On a contesté la validité de cette pratique pour ce motif qu'il n'appartient pas au juge de créer de nouvelles procédures. M. Morel, qui en discute, reconnaît que qui peut accorder ou refuser son autorisation peut également subordonner cette autorisation à une condition [3]. Pourquoi dès lors, ne pourra-t-il y mettre cette condition que le saisissant agira avec bonne foi, et permettra au saisi de faire valoir ses moyens de défense s'il en a? Il ne s'agit

(1) Voir : Trib. Civ. de Lyon, 26 nov. 1929; Gaz. Pal. 1930.1.59. — Besançon, 12 mai 1934; G. Pal. 1934.2.244; S. 1935.2.39.

(2) Il faut d'ailleurs remarquer que M. Vence n'hésite pas d'une part à affirmer le caractère de mesure d'exécution de la saisie-arrêt et d'autre part à donner compétence pour l'autoriser au juge consulaire.

(3) Glasson, Tissier et Morel. *Tr. cité.* T. IV, n° 1095, p. 205.

ici, comme dans la majorité des cas de Référé, que d'appliquer un texte au mieux de l'intérêt social, de l'équité et de la bonne foi [1]. Nous reviendrons dans la suite sur la justification de ce droit reconnu au juge des Référés d'insérer dans son ordonnance une clause de réserve de Référé.

Admettons donc la compétence du juge des Référés commerciaux pour autoriser au pied d'une requête la saisie-arrêt sans titre basée sur une créance commerciale. Devra-t-on conserver au magistrat civil une compétence parallèle sur la même matière, compétence qu'on lui reconnaissait très généralement avant le 11 mars 1924? M. Ropers par exemple, n'admet pas le partage entre les deux magistrats de la compétence en la matière [2].

Pour notre part, nous la croyons cependant acceptable. Seulement va-t-on nous rétorquer, en reconnaissant ainsi compétence concurrente aux deux juges, n'allez-vous pas risquer de voir violer la règle *una via electa* de deux façons : d'une part, en effet, le principe que le Tribunal de Commerce ne saurait dans aucun cas connaître d'une question d'exécution, va amener la juridiction civile à statuer sur une affaire où le juge consulaire aura déjà pris une décision. Cela se produira soit que le saisi fasse une demande de cantonnement de la saisie, soit, plus simplement encore, qu'on en arrive à ce moment de la procédure où, par le jugement de validité, la saisie-arrêt va se transformer en mesure d'exécution.

(1) Voir *infra*, p. 153.

(2) Ropers, *De la saisie-arrêt et du Référé en la matière*, p. 36.

D'autre part ne courra-t-on pas le danger, en recevant cette double compétence, de donner aux plaideurs insatisfaits par le premier juge, la possibilité de tenter leur chance près du second?

Pour le premier point, il est sans aucun doute que la demande de cantonnement d'une saisie, quel que soit le magistrat qui l'ait autorisée, devra être portée au juge des Référés civils (loi du 12 juillet 1907, modifiant l'article 567 du Code de Procédure Civile). La compétence du magistrat civil exclut ici celle de toute autre juridiction. Il statue en effet, non pas en application de l'article 806 du Code de Procédure Civile, mais en vertu d'un pouvoir spécial de juridiction qui lui a été attribué par la loi. En dehors du motif tiré du caractère général d'un texte qui ne porte aucun distinction ni restriction, il y a, au reste, une raison décisive d'écarter, même depuis la loi du 11 mars 1924, l'intervention du juge consulaire. Le juge des Référés statue en effet ici à titre définitif, en vertu d'un pouvoir propre qui n'appartient pas au tribunal, en prenant une décision qui, sans doute, cessera de produire effet si la saisie n'est pas validée, mais que dans aucun cas le tribunal n'aura le droit de modifier. Or, le juge des Référés commerciaux ne prononce jamais qu'à titre provisoire et par des mesures qu'il est toujours loisible au tribunal de ne pas accepter [1]. Il a aussi été jugé que la demande de cantonnement constituerait un incident d'exécution

(1) Cass. Civ., 28 février 1933; S. 1935.1.57.

sur lequel ni le Tribunal de Commerce, ni son Président ne pourrait statuer [1].

Quant à l'anomalie que l'on prétend voir dans le fait que le Tribunal Civil connaîtra d'une affaire où le premier pas aura été fait par le juge consulaire, tient-elle vraiment quand on considère que jamais le juge des Référés commerciaux ne connaîtra de l'exécution de ses décisions, qui sont forcément de la compétence de la juridiction civile. Peut-on dire qu'il y a là une atteinte à la règle *una via electa*... puisque le plaideur ne « choisit » pas une nouvelle juridiction pour valider sa saisie-arrêt, mais se la voit imposée par l'article 553 du Code de Procédure Civile?

Cependant, l'avocat général Demeure, de la Cour d'Appel de Bruxelles, a soutenu cette opinion [2]. « On peut dire, il est vrai, que la saisie-arrêt n'est pas une mesure d'exécution, mais une simple mesure conservatoire. Il n'en est pas moins vrai que c'est le premier acte d'une procédure d'exécution, que c'est la base de cette exécution, et que par la suite, tout ce qui concerne celle-ci sera réservé à l'appréciation du juge civil? N'y aurait-il pas une anomalie à permettre au juge des Référés commerciaux d'autoriser une saisie-arrêt dont la validité ne pourra être discutée que devant le juge civil? Il me paraît inadmissible que deux juridictions se succèdent dans la même procé-

(1) Lyon, 10 avril 1933; Gaz. Pal. 1935. I. Somm., p. 46. D'après cet arrêt le magistrat consulaire « ...S'il peut, autorise des saisies-arrêt, est sans compétence pour connaître des difficultés susceptibles de naître de cette autorisation, notamment en ce qui concerne le cantonnement des effets de la saisie. Il s'agit là d'une incompétence absolue et d'ordre public. »

(2) 23 décembre 1911; S. 1912.4.22.

dure. Si cela se produisait, le juge civil serait amené à critiquer l'acte du juge commercial, et en quelque sorte à modifier ou à réformer sa décision. C'est là une situation que la loi ne peut tolérer. »

Et pourtant, même en refusant au juge des Référés commerciaux, la faculté d'autoriser la saisie-arrêt, on se trouvera bien souvent dans la situation que veut éviter M. Demeure. Certes l'instance en validité est toujours de la compétence du Tribunal Civil quand bien même la créance serait commerciale. Admettons que pour une telle créance l'autorisation de saisir ait été donnée par le Président du Tribunal de droit commun. Un débat sur le fond s'instaure devant le Tribunal de Commerce. Jusqu'à ce qu'il ait été statué sur le fond par celui-ci, le Tribunal Civil devra surseoir à prononcer son jugement. Si le Tribunal de Commerce déclare la dette éteinte ou inexistante, on se trouvera dans une situation exactement opposée quant aux éléments, mais identique quant à son principe, à la situation reprochable indiquée par notre auteur.

Un autre exemple nous est fourni par l'application de la loi du 31 mars 1937 [1] qui montre encore plus nettement que dans la même procédure deux juridictions peuvent fort bien se succéder. Le terme de grâce ne fait pas obstacle à la saisie. D'après l'article 125 du Code de Procédure Civile « ...les actes conservatoires sont, en effet, valables nonobstant le délai accordé », et le délai ainsi visé n'est autre que celui que les tribunaux peuvent accorder pour

(1) *J. O.* 1er avril 1937. – D. P. 1937.4.30.

l'exécution de leurs jugements (art. 112 du Code de Procédure Civile), c'est-à-dire le délai de grâce de l'article 1244 du même Code. Celui-ci ne saurait donc empêcher la saisie-arrêt, mais il ferait obstacle à l'exécution du jugement qui le validerait. Prenons le cas d'un délai accordé par le juge des Référés commerciaux pour une créance de caractère commercial. Le créancier se fait autoriser à saisir-arrêter sans titre par le Président du Tribunal Civil. Un jugement de validité intervient. La décision du juge consulaire empêchera l'exécution du jugement du Tribunal Civil. On est donc autorisé à penser que les arguments de M. Demeure ne sont pas absolument déterminants.

Enfin, on a prétendu que, deuxième occasion de transgresser la règle *una via...*, la compétence concurrente du juge civil et du juge consulaire aurait les plus fâcheuses conséquences, parce qu'elle permettrait aux plaideurs d'appeler d'un Président à l'autre, et d'obtenir de l'un ce que l'autre aurait refusé, résultat que le hasard empêcherait ou produirait, parce que chaque président agit dans son indépendance, sans rapport avec l'autre dont il ignore les décisions et les actes »[1]. Nous ne pouvons nous empêcher de déplorer que certains tribunaux puissent ainsi admettre qu'en tout état de cause, la concordance de décisions de deux magistrats, deux Présidents de tribunaux par surcroît, ne saurait provenir que du hasard.

Mais pratiquement doit-on craindre cette contradiction? Prenons le cas d'un individu qui sollicite du

(1) Bruxelles, 23 décembre 1911, précité.

Président du Tribunal de Commerce l'autorisation de pratiquer une saisie-arrêt et se la voit refuser. Il porte la même demande au magistrat civil. Selon toute vraisemblance, ce dernier rendra une décision identique à celle du juge consulaire. Supposons que, instruit par son premier échec, le demandeur ait cette fois au contraire su obtenir la mesure sollicitée. Que va-t-il se passer? Eh bien, le saisi, usant de la clause de réserve de Référé insérée par le juge dans son ordonnance, va venir se défendre en une instance contradictoire devant le magistrat qui décidera, les deux parties entendues, soit la rétractation de son ordonnance, et l'erreur qu'il aura pu commettre n'aura aucun effet, soit son maintien, et on n'a aucune raison de penser que, indubitablement mieux éclairé à ce moment que le juge consulaire, il aura jugé avec moins d'équité.

Si nous prenons maintenant le cas où le juge des Référés commerciaux ayant autorisé la saisie, a pris par la suite en Référé des mesures qui ne plaisent pas au demandeur, celui-ci n'aura plus la ressource de recommencer la procédure devant le Président du Tribunal de droit commun, car sur Référé, le saisi ne manquerait pas d'invoquer l'autorité de la chose déjà jugée par le magistrat consulaire [1].

(1) M. Boccon-Gibaud souligne à ce point de vue dans sa thèse un point qui ne manque pas d'intérêt. Au cas d'une ordonnance accordée par le Président du Tribunal de Commerce après rejet d'une demande analogue par le Président du Tribunal Civil, celui-ci sera tout de même seul appelé à connaître des incidents d'exécution de cette ordonnance (cantonnement...) et il aura alors la surprise d'avoir à prendre des décisions pour l'exécution d'ordonnance qu'il avait refusé de signer. Pour l'éviter « dans le ressort du Tribunal de la Seine où sont rendues le plus grand nombre d'ordonnances sur

Le juge des Référés commerciaux qui aura autorisé la saisie-arrêt fondée sur une créance commerciale prendra naturellement toutes mesures qui pourront lui être demandées dans le but de conserver les choses saisies, quand on peut craindre, par exemple, qu'elles soient dissipées ou détournées par le tiers saisi, ou qu'elles se détériorent. Dans ces conditions la nomination d'un sequestre devient opportune et légitime. Le saisissant pourra obtenir ces mesures du juge des Référés commerciaux comme mesures justifiées par l'urgence, dans les termes de l'article 806 du Code de Procédure Civile.

§ II

Le juge des Référés commerciaux est-il compétent en matière d'exécution des jugements des tribunaux de commerce et de titres exécutoires relatifs à des créances commerciales?

L'article 417 du Code de Procédure Civile édicte que le juge des Référés commerciaux connaîtra de toutes les questions urgentes à condition qu'elles rentrent dans la compétence des tribunaux de commerce. Or, il est une règle très générale contenue

---

requête et sur Référé, l'usage que seuls les Présidents de Tribunal Civil accordent ces permissions si souvent sollicitées, s'est établi... » L'auteur note alors qu'il est assez curieux de constater que c'est l'abus d'une procédure reconnue légale par la Cour de Cassation qui a amené dans la pratique une règle nouvelle, sans valeur d'ailleurs en dehors du ressort du Tribunal où elle est suivie. — « De la transformation de la procédure sous l'influence de la jurisprudence et de la pratique ». Thèse, Paris 1936, p. 110.

dans l'article 442 du même Code d'après laquelle les tribunaux consulaires ne peuvent connaître de l'exécution de leurs jugements. Cette disposition est reprise sous une forme positive par l'article 553 du Code : « Les contestations élevées sur l'exécution des jugements des tribunaux de commerce seront portées au Tribunal de Première Instance du lieu où l'exécution se poursuivra. »

On en déduit que toutes les questions d'exécution seront exclues *a fortiori* de la compétence du Président du Tribunal de Commerce statuant en Référé. Ce qui explique que la loi du 11 mars 1924 n'ait pas fait à la nouvelle procédure application de l'article 806 du Code de Procédure Civile qui prévoit expressément la compétence du Président du Tribunal Civil pour statuer sur les difficultés relatives à l'exécution des jugements et des titres exécutoires.

Quand le juge des Référés commerciaux se déclare incompétent pour statuer sur une demande pour cette raison qu'elle a trait à une mesure d'exécution, il donne dans son ordonnance tantôt l'un, tantôt l'autre des motifs : l'affaire ne ressortit pas à la compétence du Tribunal de Commerce, ou bien impossibilité d'appliquer l'article 806 au Référé commercial.

Nous avons déjà rencontré un effet de ce principe général dans l'article 17, paragraphe 6, de la loi du 17 mars 1909, qui attribue compétence au Président du Tribunal Civil pour statuer à titre définitif sur les nullités de la procédure de vente antérieure à l'adjudication du fonds de commerce, et sur les dépens [1].

(1) Voir II[e] partie. Chap. I. Sect. I.

Il va de soi qu'on enlève ainsi à la compétence du juge des Référés commerciaux un très grand nombre de contestations souvent délicates à résoudre, et cela d'autant plus, qu'il n'est pas nécessaire au cas de difficultés sur l'exécution d'un titre exécutoire ou d'un jugement, de prouver l'urgence. Celle-ci est légalement présumée.

Donc, dès l'instant où le créancier qui veut recouvrer une créance commerciale a en main un titre exécutoire, par exemple un titre notarié, constatant sa créance, il lui faudra s'adresser au juge civil des Référés [1].

Cependant on devine bien que ce sera l'exécution des jugements qui suscitera les difficultés les plus fréquentes. Car, si dès avant le jugement au fond il peut parfois être indispensable de demander en Référé certaines mesures pour sauvegarder les droits de l'une ou l'autre partie, et de maintenir les choses en l'état, il est encore bien plus fréquent que naissent des conflits entre les intéressés au moment de faire produire son effet au jugement, qui aura neuf fois sur dix provoqué un changement dans l'état de fait existant précédemment. Et il est malheureusement trop fréquent qu'un jugement, s'il mécontente à coup sûr celui qu'il condamne, ne satisfasse pas complètement celui au profit de qui il est rendu.

---

(1) « Toutes contestations se rattachant aux actes d'exécution forcée et comportant des mesures provisoires peuvent donner lieu à Référé, qu'elles portent sur le fond ou sur la forme... A la demande du créancier, le Président doit lever les obstacles à l'exécution... Il n'y a pas besoin de prouver l'urgence. »

Cass. Requête, 26 février 1933; S. 1933.1.221.

Bordeaux, 31 janvier 1899. — D. P. 1899.2.112.

I. — Avant que n'intervienne le jugement au fond, les jugements préparatoires déclenchent-ils des mesures d'exécution véritables et a ce titre, hors de la compétence du juge des Référés commerciaux?

Lyon-Caen et Renault prétendent que l'article 442 du Code de Procédure Civile : « Les Tribunaux de Commerce ne connaîtront point de l'exécution de leur jugement » n'implique aucune distinction entre les jugements [1].

Ils enlèvent ainsi à la compétence du juge des Référés commerciaux tout ce qui touche aux incidents nés à l'occasion de la mise en exécution des jugements préparatoires et interlocutoires prononcés par les Tribunaux consulaires.

Ces jugements sont en général réunis sous la désignation de « jugement d'avant dire droit », c'est-à-dire que sans toucher au fond du litige, ils ordonnent une mesure préalable destinée à instruire la demande ou à régler provisoirement la situation des plaideurs en attendant la décision du principal.

N'est-ce pas là une définition qui se rapproche étrangement de celle de tout Référé? N'y retrouve-t-on pas exactement les mêmes notions d'urgence, de provisoire, de non-préjudice au fond? Si, pour l'exécution d'une de ces décisions dont le caractère d'urgence est ainsi affirmé, une difficulté surgit, ne pourra-t-on aller devant le juge des Référés commerciaux, si c'est le Tribunal de Commerce qui a rendu la décision? Car, en réalité, cette intervention ne se

(1) Lyon-Caen et Renault. Tr. cit. T. I., p. 491.

résumera-t-elle pas davantage dans une mesure prise pour aider le jugement préparatoire à produire son effet, c'est-à-dire à sauvegarder des droits en péril à un moment où le juge du principal n'a pas encore statué, ce qui est le but même du Référé, plutôt qu'à permettre l'exécution à proprement parler d'un jugement? Dès l'instant où il n'est pas question d'aider à l'application de règles de droit reconnues applicables à une affaire examinée au fond par le tribunal compétent, mais bien de préparer cet examen par des décisions rendues en équité, et ne liant nullement le juge du fond, pourquoi refuser compétence au juge consulaire des Référés?

La règle de non-préjudice au principal, énoncée par l'article 809 du Code de Procédure Civile implique que les parties conservent le droit de poser à nouveau devant les juges du fond, et de faire juger par lui en sens contraire les questions déjà résolues en Référé. La même règle s'applique à l'arrêt rendu sur appel d'une ordonnance de Référé, au caractère de laquelle il participe [1].

En est-il exactement de même pour les jugements d'avant dire droit, que l'on distingue souvent des jugements définitifs en disant que ces derniers seuls décident, soit le procès, soit une ou plusieurs questions du procès de manière à terminer sur les points tranchés la mission du juge alors que les premiers ordonnent simplement une mesure préalable? [2].

---

(1) Cass. Civ. 20 juin 1928; S. 1928.1.327. — Cass. Civ. 28 juin 1892; S. 1893.1.45. — Cass. Civ., 16 avril 1923; S. 1924.1.248.

(2) Carré et Chauveau, *Lois de la Procédure*, 5e éd. T. I., p. 565. — Garsonnet, *Tr. de Procéd. Civ.*, 2e éd. T. III, § 1043.

On sait que l'on partage en deux catégories les jugements d'avant dire droit : d'une part, les jugements préparatoires, d'autre part les jugements interlocutoires. Tous ont le même but, mais il n'y a que les seconds à laisser pressentir l'opinion du juge. Nous n'avons pas ici à rappeler les discussions interminables qu'a suscitées la recherche d'un critérium permettant de différencier à coup sûr les deux sortes de jugement. Il nous suffit de savoir que quels qu'ils soient, ces jugements se plient à un principe général : ils ne lient pas le juge au principal et n'acquièrent pas l'autorité de la chose jugée, car si parfois on peut pénétrer l'opinion probable du juge, ce ne sera que par l'interprétation des motifs; or, l'autorité de la chose jugée ne s'attache jamais aux motifs d'une décision [1]. D'autre part, il ne fait pas de doute qu'il n'y a pas d'identité d'objet entre les questions débattue lors de ces jugements et lors du jugement définitif [2].

Malgré cela on admet qu'étant donné que le jugement dessaisit le juge, le tribunal qui a rendu un jugement préparatoire ou interlocutoire ne peut, ni le rétracter formellement, ni en détruire l'effet par une décision ultérieure. Ce qui entraîne par exemple cette conséquence qu'un tribunal, après avoir, par un jugement d'avant dire droit admis un moyen de preuve ne peut déclarer par un jugement définitif que cette preuve est inadmissible [3]. La liberté n'est

(1) Req. 3 mai 1880; D. P. 1881.176.

(2) Cass. Civ. 14 mars 1853; D. P. 1853.1.84; 28 août 1865; D. P. 1865.1.382; 27 mai 1873; D. P. 1873.1.465.

(3) Cass. Civ., 9 avril 1866; D. P. 1866.1.495. — Cass. Civ., 24 juil. 1867; D. P. 1867.1.326.

donc pas dans ces jugements aussi entière pour le tribunal que celle qu'on lui reconnaît eu égard aux décisions du juge des Référés. Dans cette mesure seulement il serait explicable qu'on refusât au juge des Référés le droit d'intervenir.

M. Escarra ne s'arrête même pas à cette restriction. Il insiste sur ce que le but est ici de permettre au Tribunal de se prononcer en toute connaissance de cause et avec toute l'efficacité désirable. Cette période préliminaire n'a rien à voir, pense-t-il, avec la notion d'exécution [1].

II. — Une fois le jugement au fond rendu, le juge des Référés commerciaux devient-il définitivement incompétent?

Ce que les articles 442 et 553 du Code de Procédure Civile entendent par « mesure d'exécution », estime M. Escarra [2], ce sont très exactement les actes de poursuite qu'implique un jugement de condamnation et dont le type est la saisie-exécution. Quand il faut tirer des conséquences pratiques de la décision judiciaire, le juge des Référés n'a aucune compétence, cela est certain.

C'est ainsi que l'on trouve citée dans tous les ouvrages traitant du Référé commercial une décision de la Cour de Paris en date du 17 octobre 1925 [3], selon laquelle un juge des Référés commerciaux ne peut nommer un ingénieur expert chargé de procéder

(1) Escarra, *Principes de Droit Commercial*. T. I., p. 726.

(2) Escarra, *Tr. cité*. T. I., p. 726.

(3) Gaz. Pal. 1926, II. Tables, voir Référés n° 17; S. 1926.2.25.

contre consignation du prix à la Caisse des Dépôts et Consignations, à l'enlèvement de machines que le vendeur avait été condamné à reprendre en en remboursant le prix. La Cour d'Appel mit à néant l'ordonnance considérant qu'il y avait là exécution d'un jugement du Tribunal de Commerce dont le Tribunal lui-même n'aurait pu connaître, et au sujet duquel *a fortiori* le juge des cas urgents n'avait aucune compétence.

1° *Portée générale de la règle d'incompétence du juge des Référés Commerciaux en matière d'exécution.* — Faut-il en déduire que d'une façon générale, si la notion d'exécution n'englobe pas forcément les décisions qui précèdent le jugement et le préparent, il faut nécessairement y comprendre celles qui suivent le jugement pour lui permettre de produire son effet, qui favorisent en quelque sorte l'exécution, bien qu'extérieures à elle?

Il s'agit ici de mesures complémentaires destinées à préciser le droit des parties ou à procurer une garantie à l'un des plaideurs [1]. On peut citer en exemple la reddition de comptes, la liquidation de fruits, la réception de cautions qui sont soumises à des procédures spéciales dont les incidents peuvent parfois, semble-t-il, être tranchés par le Président du Tribunal de Commerce statuant en Référé [2]. C'est l'opinion de Lyon-Caen et Renault qui estiment que lorsqu'il y a contestation sur le sens d'un jugement,

(1) Ropers, Revue Trimestrielle de Droit Civil 1933, p. 19.

(2) Paris, 21 février 1852; D. P. 1852.2.61. — Cass. Civ., 17 avril 1929; S. 1930.1.81. — Paris, 19 octobre 1925; S. 1926.2.25.

c'est au Tribunal qui l'a rendu à le confirmer, suivant la règle : *Ejus est interpretari cujus est condere.* L'article 442 ne s'appliquerait pas davantage à des décisions tendant à interpréter le jugement.

La Cour Suprême a elle-même indiqué sa volonté de restreindre cette notion d'exécution quand elle a employé l'expression : « actes effectifs d'exécution » [1], qui seraient seuls hors de la compétence du juge commercial des Référés. « Attendu, dit l'arrêt, que si le juge des Référés commerciaux s'est uniquement fondé sur le précédent jugement pour prescrire une mesure conservatoire de simple administration rendue nécessaire par ce jugement, et pour assurer provisoirement la gestion d'un fonds de commerce menacé de périr sans cette mesure... Qu'ainsi, l'ordonnance et l'arrêt attaqué qui l'a confirmée n'ont ni violé les dispositions de l'article 442 du Code de Procédure Civile, ni dépassé la compétence du juge des Référés en matière commerciale... » [2]. On doit d'ailleurs constater la difficulté qu'il y a souvent à distinguer une mesure d'administration amenant certaines réalisations et une mesure d'exécution véritable. Il ne peut échapper à personne combien il

---

(1) Ch. Civ., 17 avril 1929; S. 1930.1.71. « Le juge des Référés commerciaux autorise le liquidateur d'une Société de fait à prendre toutes mesures urgentes d'administration... »

(2) Le juge des Référés sera compétent dans une contestation au sujet d'une mesure se rapprochant fort d'une mesure d'exécution, qui naît, en tous cas à l'occasion de l'exécution d'un jugement de Tribunal de Commerce.

L'article 440 du Code de Procédure Civile a organisé une procédure spéciale en matière de réception de caution dans le cas où l'exécution provisoire du jugement du Tribunal de Commerce est subordonnée au versement d'une caution, et a attribué dans ce cas compétence au Tribunal de Commerce de qui émane le jugement qu'il s'agit d'exécuter. Le Tribunal est

est parfois délicat de préciser de simples nuances... d'intention.

Glasson fait appel en la matière à une notion romaine de la justice, et il cite une théorie ancienne suivant laquelle dans les tribunaux civils, seuls se rencontraient à la fois ces deux pouvoirs distincts des organes judiciaires romains, l'*imperium*, ou droit de commander, et la *jurisdictio*, ou pouvoir de dire le Droit [1]. Et il constate que de plus en plus cette opinion est battue en brèche, et que de plus en plus on tend à admettre que toute juridiction doit être accompagnée d'un certain pouvoir de commander.

2° *Exception concernant les faillites.* — Et, en effet, les tribunaux de commerce ne connaissent-ils pas des faillites et de la liquidation judiciaire, introduites dans notre Droit par la loi du 4 mars 1889, qui sont des procédures d'exécution ayant un caractère collectif.

Le Tribunal de Commerce qui a rendu un jugement de faillite sera compétent pour tout ce qui concerne l'exécution de ce jugement (art. 635 du Code de Commerce); il paraît, en effet, du fait même qu'il est composé d'individus rompus à la pratique des questions commerciales, plus apte que toute autre

---

également compétent pour apprécier si la solvabilité du demandeur est suffisante pour que celui-ci soit dispensé suivant l'article 439 du Code de Procédure Civile de fournir caution.

L'attribution de compétence à la juridiction consulaire en cette matière est exclusive de la compétence de la juridiction civile. (C. de Paris, 13 juillet 1905; S. 1907.2.98).

En matière de justification de solvabilité au contraire, certaines décisions ont adopté l'incompétence du Tribunal de Commerce (Paris, 3 mai 1855. P. 1857.201).

(1) Glasson, *Traité cité*. T. II, p. 2.

juridiction à trancher ces sortes de litiges. Conclusion immédiate : le Président de ce Tribunal sera compétent pour ordonner en Référé toutes mesures urgentes dont la nécessité se trouvera démontrée.

Il ne faudrait cependant pas exagérer cette tendance. Le Tribunal de Commerce ne connaît pas de toutes les difficultés concernant la faillite, mais seulement de celles qui y prennent exclusivement leur source, c'est-à-dire de celles qui ne se seraient pas produites s'il n'y avait pas eu de faillite, et qui doivent être résolues suivant le droit spécial à cette matière [1]. Les possibilités d'intervention du juge des Référés seront donc réduites dans la même proportion. Exemple d'incident ressortissant à la compétence du juge des Référés commerciaux : incidents au sujet de l'apposition des scellés [2].

Exemple inverse : le juge des Référés civils est incompétent pour connaître d'une saisie arrêt si celle-ci est prononcée au cours de la faillite, bien que les contestations relatives à cette mesure soient, d'après la jurisprudence, de la compétence exclusive des tribunaux civils [3]. Par contre, il ne le serait pas, suivant ce que nous avons exposé plus haut, pour connaître des incidents suscités par une saisie arrêt faite en vertu d'une convention antérieure à la faillite.

---

(1) Le Tribunal de Commerce connaît notamment des demandes fondées sur les articles 446 et 449 du Code de Commerce; des difficultés concernant le privilège du bailleur (art. 450 et 550 du Code de Commerce).

(2) Trib. Civ. de Villefranche-sur-Saône, 28 mai 1926, Revue pratique de jurisprudence et de législation du Tribunal de Commerce de la Seine, 1926, p. 137.

(3) Limoges, 29 juin 1885; S. 1887.2.81.

Les dispositions spéciales à la faillite pourraient inciter à se poser une question en vérité assez particulière : si dans une faillite il y a lieu de vendre un fonds de commerce les tribunaux décident que, s'il est grevé d'inscriptions, le syndic ou le liquidateur doit remplir les formalités de l'article 17 de la loi du 17 mars 1909. Le Président du Tribunal Civil garderait donc ici sa compétence pour statuer sur les moyens de nullité antérieurs à l'adjudication. Il a même été jugé que, lorsqu'un syndic n'a pas observé les formalités de l'article 17 de ladite loi, le failli peut se pourvoir en Référé pour demander la nullité de la vente [1].

Le Président du Tribunal de Commerce semblait, d'ailleurs, avoir une sorte de prédestination à statuer en cette matière. C'est ainsi que longtemps avant 1924 le juge de paix lui devait « donner avis de l'apposition des scellés sur les marchandises des commerçants, non pour qu'il puisse statuer sur des difficultés nées de cette opposition, mais pour qu'informé de la main mise réelle de la justice sur l'actif de la faillite il puisse activer le zèle du syndic, contrôler l'action du juge commissaire, et ordonner s'il y a lieu des mesures provisoires et d'urgence qui ne rentreraient pas dans la compétence de ce juge [2].

Rappelons, pour clore cette question, le principe suivant lequel la compétence d'un tribunal est définitivement fixée quand l'instance a été valablement engagée devant lui. Peu importe qu'il y ait ensuite

---

(1) Paris, 4 mars 1913; Gaz. Pal. 13, 14 avril 1913; Cendrier, Tr. précité, n° 419.

(2) Ch. Civ. 1.12.1880; D. P. 1881.17.

survenance de la faillite d'une partie. Par conséquent, si au cours d'une instance civile contre un commerçant celui-ci tombe en faillite, le juge des Référés civils demeurera seul compétent pour ordonner toute mesure urgente et provisoire.

3° *Exception concernant l'octroi de délais de grâce.* — On n'ignore pas les mesures que la crise qui sévit depuis plusieurs années sur l'économie nationale et internationale, a amené le législateur à prendre pour protéger le débiteur de billets de fonds de commerce contre son créancier, battant ainsi en brèche à la fois le respect des conventions librement consenties, et l'autorité de la chose jugée.

Tel est l'effet de l'article 4 de la loi du 29 juin 1935 qui prévoit explicitement que le Président du Tribunal de Commerce ordonnera le sursis à toute décision de justice intervenue au sujet de dette dont il aura réglé l'aménagement [1].

Dans un esprit analogue, l'article 4 de la loi du 21 août 1936 dispose que « toutes poursuites, toutes mesures d'exécution, ainsi que toutes mesures conservatoires qui seraient de nature à empêcher l'exercice normal de la profession seront suspendues, s'ils n'ont pas été soumis à l'impôt général sur le revenu, à l'égard des vendeurs de fonds non intégralement payés et des cessionnaires de leur créance sur l'acquéreur, lorsque leurs débiteurs bénéficieront des dispositions de la présente loi ou auront bénéficié de la loi du 29 juin 1935 [2].

(1) D. P. 1935.4.313.

(2) *J. O.*, 23 août 1936; D. P. 1936.4.245.

Inutile d'insister sur le caractère révolutionnaire de cette loi qui suspend jusqu'aux mesures conservatoires contre certains débiteurs à condition qu'ils rentrent dans la catégorie envisagée par la loi, tant au point de vue professionnel, qu'au point de vue de l'inscription au rôle de l'impôt sur le revenu, de leur nationalité ou de l'état de leurs affaires. Mais ce qu'il faut faire ressortir c'est que dans l'attribution de cette compétence extraordinaire le législateur n'a fait aucune différence entre juge civil et juge commercial des Référés, et qu'il faut donc en déduire que la nature seule de la créance déterminera le juge compétent [1].

Le caractère général de la crise devait rapidement amener à prendre en considération le sort d'autres débiteurs que les acquéreurs de fonds de commerce, qui pour n'être pas commerçants n'en souffraient pas moins de l'incertitude et du déséquilibre qui depuis un certain temps semblent être devenus les traits dominants de toute transaction. Bien avant 1936, encore que aucun texte n'autorisât le juge des Référés à connaître des questions de délai de grâce, et que d'ailleurs aucun délai ne pût être accordé après qu'il eut été statué sur le principal par un jugement régulier, la pratique avait corrigé par une interprétation « prétorienne » ce que cet état de chose avait

(1) G. Roger. Lois Nouvelles, 1936, p. 340.
Trib. Civ. Corbeil, 12 nov. 1936; Gaz. Pal. 37.1.86. « Elle n'a donc pas refusé la loi au Président du Tribunal de Commerce; la connaissance de conflits qui, par leur nature, ressortent à la compétence du Tribunal de Commerce. En pareil cas, le juge des Référés civils doit se déclarer incompétent *ratione materiæ*. »
Cf. Trib. Civ. Seine, 29 déc. 1936; Gaz. Pal. 1937.1.454.

de trop rigoureux. C'est du moins ce que prétend M. A. Edoux [1] qui rapporte que à Paris on supportait que sous le couvert plus ou moins librement consenti du créancier, le juge des Référés modifiât la marche des exécutions. « C'était, prétendait-on, un accommodement du Droit et de l'Equité, conciliant autant que faire se pouvait la situation quelquefois intéressante du débiteur et l'autorité de la chose jugée ».

On se doute du nombre de cas où, étant totalement incompétent, le juge des Référés a cependant pris une décision théoriquement nulle, mais pratiquement efficace.

Le législateur est venu rendre inutile cette coutume audacieuse par deux lois [2], la première du 25 mars 1936, l'autre du 20 août de la même année, modifiant considérablement l'article 1244 du Code Civil, qui porte désormais : « ...Les juges peuvent néanmoins, en considération de la position du débiteur, et compte tenu de la situation économique, accorder pour le paiement des délais qui emprunteront leur mesure aux circonstances, sans toutefois dépasser un an, et surseoir à l'exécution des poursuites toute chose demeurant en l'état... En tout état de cause la même faculté appartient, en cas d'urgence au juge des Référés ».

Ici encore la nature de la créance réclamée réglera la compétence du juge civil ou du juge commercial.

---

(1) Gaz. Pal., 29 avril 1936.

(2) D. P. 1936.4.108. — Gaz. Pal. 1936.1.1085. — Ces lois ont été complétées par un décret du 25.8.1937. — (D. P. 1937.4.243). « Tout débiteur qui a déjà obtenu, en vertu de l'article 1244 du Code Civil des délais atteignant une année, peut obtenir le renouvellement de ces délais, pour une période qui ne pourra excéder un an. »

Cependant, si on se reporte aux articles 442 et 553 du Code de Procédure Civile qui interdisent aux tribunaux consulaires de connaître de l'exécution de leurs jugements, n'est-on pas tenté de faire une différence entre les deux juges, et de refuser au juge consulaire le droit d'accorder encore des délais de grâce quand un jugement du Tribunal de Commerce est antérieurement intervenu? Ce n'est pas l'avis du Tribunal de Commerce de Marseille qui déclare : « ...que le juge des Référés commerciaux pouvait connaître même dans ce cas, des demandes de délais... Que la loi du 25 mars 1936 a écarté l'application de l'article 122 du Code de Procédure Civile; et que la demande d'un délai de grâce n'était pas une difficulté juridique d'exécution » [1].

Le Tribunal Civil de Brive a soutenu l'opinion inverse : les pouvoirs accordés par les nouvelles lois, ont été conférés aussi bien au juge civil qu'au juge commercial, mais « ...ces lois ont simplement eu pour effet d'accorder aux Présidents de ces deux juridictions statuant en Référé, chacune dans la limite de sa compétence habituelle... » Or, le Tribunal de Commerce ne peut accorder de délais postérieurement au jugement de condamnation. « Le Président ne peut, en Référé, avoir plus de droits que le Tribunal lui-même [2].

Peut-on valablement soutenir comme le fait le Tribunal de Commerce de Marseille que l'octroi d'un délai de grâce n'est pas un fait juridique d'exécution?

---

(1) Trib. de Com. de Marseille, 26 juin 1936. Rev. des fonds de commerce et des baux commerciaux, 1936, p. 567.

(2) Trib. Civ. de Brives (Référés), 27 nov. 1936; Gaz. Pal., 1937.1.212.

On pourrait évidemment prétendre que par le délai de grâce on ne touche en rien à l'exécution, on ne fait que la reculer. Ce raisonnement nous semble assez sujet à caution. Certes, dans son principe, l'exécution demeure. Mais le moment où elle se produit ne peut-il, ne doit-il pas être lui aussi considéré comme un élément essentiel de cette exécution? Telle décision efficace aujourd'hui peut fort bien être totalement inopérante demain. Dans cette mesure il nous semble évident que le juge des Référés qui accorde un délai de grâce quand un jugement de condamnation est intervenu, influe certainement sur l'effet exécutoire de ce jugement. C'est ainsi qu'un créancier dont la créance eût dû être payée en janvier 1937 et ne l'a été qu'en janvier 1938 se verra fort empêché de faire à ce moment avec la somme qu'il touche l'emploi qu'il eût pu espérer en faire un an avant, alors que dévaluations et inflation étaient encore l'objet d'une gouvernementale horreur. Ce n'est donc pas en niant que le délai de grâce porte une atteinte quelconque à l'exécution du jugement ou de la convention que l'on pourra soutenir la compétence du juge commercial en cette matière.

Par contre, on trouvera de sérieux arguments en se reportant aux lois sur le fonds de commerce. L'article 4 de la loi du 29 juin 1935 précise que le juge des Référés commerciaux pourra ordonner le sursis à l'exécution de toute décision de justice intervenue au sujet des dettes dont il aura réglé l'aménagement [1]. Y a-t-il une raison de permettre en

(1) D. P. 1935.4.313.

cette matière au juge consulaire ce qu'on lui interdit sur d'autres chapitres de l'activité commerciale?

On peut même aller jusqu'à se poser la question suivante : faut-il vraiment appliquer ici les règles ordinaires du Référé commercial? Déjà, parlant de la loi du 29 juin 1935 M. Ropers disait : « La loi attribue ici au juge des Référés un pouvoir propre et exclusif. Il statue à titre définitif; son intervention n'a pas à être motivée par l'urgence. Sa décision ne peut être modifiée par le Tribunal. Sa juridiction exclut d'ailleurs celle du Tribunal Civil, et sa décision a l'autorité de la chose jugée par rapport à ce dernier, ce qui n'est pas quand le Président du Tribunal statue en vertu de l'article 806 du Code de Procédure Civile... »[1].

Peut-on encore parler de juridiction de Référé là où le juge n'intervient pas pour empêcher un droit en péril de disparaître ou de s'affaiblir, mais pour s'opposer à l'exécution d'une convention, l'application stricte d'un droit reconnu, la mise en œuvre d'une décision de justice; non pour protéger un droit, mais pour l'affaiblir? Il apparaît plutôt que le Président du Tribunal de Commerce comme celui du Tribunal Civil joue maintenant un rôle nouveau et que le nom de juge des Référés perd ici complètement sa signification habituelle. Dans ce cas, pourquoi lui conserver des entraves qui ne s'expliquent qu'autant qu'il joue son rôle de juge des Référés? Pourquoi continuer à faire entre juge civil et juge consulaire cette distinction que seules imposaient les règles du Référé en rapport avec le but de celui-ci?

---

(1) Ropers. Lois Nouvelles, 1936, p. 15.

Il y a là une incertitude dont il faudra bien sortir, une hésitation qu'il faudra trancher. Comment? Sera-ce par l'adaptation des principes anciens ou par l'érection de principes nouveaux? Il semble difficile de le prévoir dès à présent.

§ III

Le juge des Référés commerciaux est-il compétent pour statuer en matière d'exécution d'ordonnances rendues sur requête ou sur Référé?

Etant donné le principe que nous avons vu au paragraphe précédent, il est normal que le juge des Référés commerciaux ne puisse connaître des difficultés relatives à l'exécution des ordonnances par lui rendues, soit à titre de juge des cas urgents, soit comme Président du Tribunal de Commerce au pied d'une requête. Dans les deux cas, en effet, l'ordonnance constitue un acte qu'on doit normalement faire entrer dans la notion d'acte exécutoire [1].

C'est là le but même de celui qui sollicite une ordonnance. Il désire un titre qui, tout comme un jugement ou un acte notarié lui permette de recourir aux voies d'exécution forcée. L'ordonnance rendue dans le cas de l'article 417 du Code de Procédure Civile sera même exécutoire d'une façon particulièrement rigoureuse, puisqu'elle sera, encore que le juge qui permet de saisir les effets mobiliers du débi-

---

(1) Glasson, Tissier et Morel. Tr. précité. T. IV, n° 1005, p. 17.

tur ne soit pas tenu d'exiger le versement d'une caution par le demandeur, exécutoire « nonobstant opposition ou appel ».

Nous avons déjà trouvé un cas d'application de cette règle quand nous avons parlé de l'interdiction faite au Président du Tribunal de Commerce de connaître en aucune façon de l'exécution des saisies par lui autorisées [1]. Le rapporteur au Sénat de la loi du 11 mars 1924 a d'ailleurs tenu à le préciser de la façon la plus expresse au sujet des saisies autorisées par ce magistrat en vertu des articles 172 du Code de Commerce et 417 du Code de Procédure Civile. « De même que les Tribunaux de Commerce sont incompétents pour connaître de la demande en mainlevée de ces saisies, affirme-t-il, de même sont incompétents leurs Présidents pour statuer, ne fût-ce que provisoirement, sur les difficultés venant à s'élever à ce sujet [2]. Il n'y a donc nul doute que le Président du Tribunal de Commerce ne puisse autoriser le débiteur saisi à toucher du tiers saisi, moyennant consignation d'une somme arbitrée dans son ordonnance, sa créance; limiter les effets d'une saisie-arrêt par application de la loi du 4 août 1930 ou pour cause alimentaire; autoriser un tiers à reprendre une chose comprise à tort dans une saisie; substituer un sequestre à un tiers saisi ».

La notion d'exécution serait donc ici plus large qu'en matière de jugement, puisqu'elle s'appliquerait à des mesures qui sont d'ordinaire considérées comme conservatoires.

---

(1) Voir *supra*, p. 116.

(2) Rapport de M. le sénateur Poulle, du 8 juil. 1930. — *J. O.* 1930; Docum. Parl., p. 10.

Après avoir formulé une telle constatation, M. Ropers cherche à expliquer cet état de choses.

Cela provient, dit-il, de ce que le législateur s'est conformé à une jurisprudence dont la tendance est indiquée par l'interdiction qu'elle fait au Tribunal de Commerce de connaître de la demande en validité de la saisie-arrêt ou de la saisie conservatoire autorisée par son Président, une telle décision supposant nécessairement la transformation d'une mesure conservatoire en mesure d'exécution.

L'auteur met en doute la justesse de ce point de vue, et il se fonde sur ce principe que la saisie ne devient une vraie mesure d'exécution qu'une fois le jugement de validité rendu. On ne peut, prétend-il, empêcher le Tribunal de conférer aux parties un titre exécutoire en rendant un jugement de validité. Ce faisant, il ne statue pas sur des difficultés qui naissent ou pourraient naître de ce titre, il ne connaît pas d'un acte d'exécution. Et M. Ropers ajoute : « .... D'ailleurs, n'est-ce pas une fâcheuse et inutile complication que de contraindre le créancier qui a obtenu l'autorisation de saisir, à faire deux procès, l'un devant le Tribunal de Commerce pour obtenir une condamnation, l'autre devant le Tribunal Civil pour valider la saisie, au lieu de lui permettre d'introduire conjointement les deux actions devant la juridiction consulaire » [1].

Il faut d'abord rappeler qu'il n'est pas unanimement admis que le Président du Tribunal de Commerce pût autoriser une saisie-arrêt [2].

---

(1) Ropers. Revue Trimestrielle de Droit Civil, 1933, p. 24.
(2) Voir *supra*, p. 109 et suivantes.

Si, cependant, on accorde un tel pouvoir à ce juge on peut faire un raisonnement analogue à celui vu précédemment. Le Président du Tribunal Consulaire ne connaît pas d'un acte exécutoire, mais il rend tout de même une décision permettant de recourir à une mesure d'exécution forcée. Avec le jugement de condamnation déjà rendu par le Tribunal de Commerce, voilà deux titres exécutoires dont aurait à connaître successivement la juridiction commerciale, si on lui permettait de prononcer le jugement de validité. Et il est difficile de ne pas admettre que dès ce moment, le Tribunal de Commerce interviendrait plutôt pour « assurer » l'exécution que pour l' « autoriser » . . . à moins d'admettre que l'autorisation donnée par le Président n'est qu'une autorisation conditionnelle qui ne produira effet qu'autant que le Tribunal lui-même la ratifiera.

Nous n'avons pu nous empêcher de donner ce rapide aperçu de la théorie de M. Ropers, bien que de l'aveu même de l'auteur : « . . .La question de savoir si le Président du Tribunal de Commerce peut rapporter une ordonnance de saisie-arrêt ou de saisie conservatoire par lui rendue ou en limiter les effets, ne s'identifie nullement avec celle de décider si l'appréciation de la validité de la saisie appartient au Tribunal Civil. »

Revenons donc à la première question que nous nous posions, et, abandonnant celle de savoir s'il serait souhaitable qu'on reconnût compétence au Tribunal de Commerce pour statuer sur les demandes en validité de saisies-arrêts autorisées par leurs Présidents, demandons-nous s'il est bon et logique d'interdire à ces derniers d'intervenir, même provi-

soirement, dans les difficultés pouvant naître de l'autorisation qu'ils ont accordée.

Au fond, de quoi s'agit-il, sinon d'apporter à une mesure conservatoire des modifications qui ne lui enlèveront pas ce caractère puisqu'elles en sont elles-mêmes pourvues? Il saute aux yeux que le saisi qui demande la mainlevée de la saisie, ou tout au moins la limitation de ses effets, ne demande pas précisément une mesure d'exécution, mais plus simplement l'allègement d'une mesure de précaution prise par le juge.

N'est-il pas inattendu que le juge des Référés commerciaux qui peut, dans certaines circonstances, prendre une mesure conservatoire quand un jugement est déjà intervenu au fond, soit incapable de prononcer une telle décision avant que le jugement ait été rendu? N'y a t-il pas contradiction avec la règle que le Tribunal de Commerce a seul compétence non seulement pour interpréter ses jugements, mais aussi pour les modifier sur opposition ou tierce opposition? Mais ce n'est là qu'un argument de logique qui serait bien insuffisant s'il était isolé.

Nous pensons trouver d'autres arguments en remontant au delà de la loi du 11 mars 1924 pour examiner ce qui se passait quand le Président du Tribunal de Commerce avait, comme l'y autorisait l'article 417 du Code de Procédure Civile et 172 du Code de Commerce, autorisé une saisie conservatoire des effets mobiliers d'un débiteur. L'ordonnance autorisant la saisie conservatoire n'est pas rendue à la suite d'un débat contradictoire. C'est là un gros danger, étant donné l'urgence qui motive une pareille mesure. Le magistrat ne peut s'entourer de tous les renseigne-

ments voulus. Il est obligé de s'en rapporter aux indications fournies par le demandeur, lesquelles peuvent fort bien être inexactes. Aussi, la Cour de Cassation a-t-elle été amenée à reconnaître la validité de l'opposition à saisie conservatoire, parce que renvoyer le débiteur saisi devant le Tribunal Civil eut été la source de lenteurs incompatibles avec le besoin de célérité des affaires commerciales. D'autre part, reconnaître que l'opposition est irrecevable parce qu'elle équivaudrait à une mainlevée, c'est priver le débiteur, détenteur de la chose saisie, d'un moyen efficace de sauvegarder ses droits et intérêts contre un créancier trop pressé ou malintentionné.

La Chambre des Requêtes de la Cour de Cassation dans un arrêt du 16 juin 1920 [1] a décidé que le Président du Tribunal de Commerce peut, sur une ordonnance rendue sur simple requête autorisant la saisie conservatoire d'un navire, prononcer sur opposition la mainlevée de la saisie, sous la condition pour le capitaine du navire de fournir caution. (On n'avait d'ailleurs admis que petit à petit la recevabilité de cette ordonnance et la compétence du juge consulaire).

En effet, pourquoi, puisque le législateur fait confiance au Président du Tribunal de Commerce pour ordonner la saisie, ne lui accorderait-il pas le pouvoir d'autoriser la mainlevée, alors surtout qu'il l'assortit de garanties qui sont de nature à sauvegarder les droits du saisissant? L'article 417 a eu en vue de donner au créancier le moyen de mettre sous la main de la justice un gage qui risque de disparaître. Mais le débiteur n'a pas un moindre intérêt à pouvoir disposer de sa chose. La mainlevée moyennant

(1) S. 1922.1.51.

caution donne satisfaction à la fois au saisissant et au saisi. Le magistrat arbitre même à défaut d'entente entre les parties le chiffre de la caution.

Voici donc une circonstance où, dès avant 1924, le Président du Tribunal de Commerce pouvait revenir sur une décision et statuer en sens différent après avoir entendu les deux parties. C'est une procédure de Référé avant la lettre [1].

En matière civile d'autre part, il est admis depuis longtemps que le Président du Tribunal peut statuer en Référé, quand il s'en est réservé le droit, sur les difficultés que soulève une ordonnance sur requête, que celle-ci autorise une saisie-arrêt, une saisie-gagerie... Il peut même rétracter l'ordonnance et supprimer la mesure prise, au cas où il l'estimerait juste après avoir entendu les observations de la personne contre qui la décision a été prise [2].

Ici, comme précédemment par le droit d'opposition reconnu au saisi devant le Président du Tribunal de Commerce au cas d'une saisie en vertu de l'article 417 du Code de Procédure Civile, on veut donner une garantie sérieuse au défendeur qui, le plus souvent, a ignoré la mesure demandée contre lui, et qui risque de subir un préjudice sans avoir été appelé à nulle contestation.

Cette clause de réserve de Référé, dont l'origine remonte au Président de Belleyme conduit à considérer l'ordonnance comme rendue, sous condition suspensive de recours devant le magistrat qui en est l'auteur. Et ceci se justifie aisément. Le Président pouvant ne pas autoriser la mesure, il est normal qu'il puisse ne l'autoriser que sous la condition qui

(1) Rennes, 20 fév. 1932. Rec. Rennes 1933, p. 303.

(2) Besançon, 12 juin 1934; Gaz. Pal. 1934.2.244; S. 1935.2.39.

lui paraît juste, notamment qu'il lui en sera référé en cas de difficulté... On ne peut lui opposer qu'un juge, tout au moins en règle générale ne statue pas sous condition. Ce principe ne s'applique qu'aux jugements touchant le fond du droit et non à des mesures spéciales que le juge peut permettre ou ne pas permettre suivant son appréciation, mesures dont la caractéristique est dans tous les cas d'être conservatoires et provisoires.

On a pu se demander si ce droit d'opposition ne devait pas être reçu d'une façon générale, même en dehors d'une réserve exprimée dans l'ordonnance. Il paraît, en effet, juste d'admettre que toute personne lésée par une ordonnance sur requête puisse faire opposition à la décision et demander au Président du Tribunal de statuer contradictoirement à l'audience des Référés.

En réalité, se trouve-t-on en présence d'une véritable instance en Référé quand le saisi demande la rétractation ou la modification d'une ordonnance rendue sur requête? A vrai dire, si le Président retire la permission qu'il avait accordée, s'il supprime la mesure prise, il ne s'agit plus d'une mesure provisoire comme d'ordinaire en Référé. Il s'agirait plutôt d'un véritable droit d'opposition [1]. Comme la pratique n'est pas établie d'un droit général de cette sorte, on comprend que le Président du Tribunal Civil doive se réserver expressément la possibilité de rétracter ou de modifier son ordonnance par l'insertion d'une mention spéciale [2].

---

(1) Glasson, Tissier et Morel. Tr. cité. T. II, p. 28.

(2) La loi du 17 juil. 1907 avait pourtant été un début de généralisation. « En tout état de cause... la partie saisie

En matière commerciale, l'opposition devant le Président du Tribunal de Commerce aux ordonnances autorisant une saisie conservatoire est très généralement admise. Cependant le magistrat prend souvent la précaution d'insérer tout de même dans son ordonnance une clause indiquant que l'on pourra faire opposition devant lui.

Pourra-t-il dans les autres ordonnances ressortissant à sa compétence insérer cette mention si raisonnable : « Le Président dit qu'il lui en sera référé en cas de difficulté. » N'ira-t-on pas par là à l'encontre du principe que le Président du Tribunal ne peut pas plus que le Tribunal lui-même, connaître de l'exécution de ses décisions. Peut-on justifier l'extension de cette clause?

C'est l'avis de M. Escarra[1]. Pour lui sont susceptibles de voies de recours les ordonnances où le caractère contentieux l'emporte. Mais il admet qu'on peut soutenir qu'en vertu du texte même de l'ordonnance les intéressés peuvent, quelle qu'en soit la nature, en demander la rétractation ou la modifica-

---

arrêtée pourra se pourvoir en Référé afin d'obtenir l'autorisation de toucher du tiers saisi, nonobstant l'opposition, à la condition de verser à la Caisse des Dépôts et Consignations ou aux mains d'un tiers commis à cet effet, somme suffisante, arbitrée par le juge des Référés, pour répondre des causes de la saisie-arrêt... » — L'application en la circonstance des règles du Référé découle non de l'article 806 du Code de Procédure Civile, mais de la nécessité où on s'est trouvé en l'absence de tout texte réglementant cette voie de recours, à une procédure simplifiée dont la procédure du Référé offrait le meilleur exemple. Il en résulte que le magistrat doit examiner ici si le créancier saisissant a bien une créance certaine... et motiver sa décision en fait et en droit. La demande en validité clôt le droit d'opposition à l'ordonnance.

(1) Escarra, *Traité cité*. T. I., p. 732.

tion lorsque le Président a pris soin d'y insérer la clause dite de réserve de Référé.

Nous nous rangeons sans hésiter à cet avis. Quand le Président du Tribunal de Commerce rend une ordonnance au pied d'une requête, il ne fait rien d'autre que satisfaire les prétentions du requérant sans en connaître exactement la valeur. Il rend en la matière une mesure que l'on peut apparenter à une mesure de police ou d'administration judiciaire dans ce qu'elle a d'utile et d'éclairé. Au contraire, si celui contre qui est prise l'ordonnance estime qu'elle est prise à tort, et en réfère au Président dans le délai qui lui est accordé après signification, un débat contradictoire va s'instaurer dont jaillira la lumière qui permettra au magistrat d'apporter à l'ordonnance telle modification qui lui paraîtra utile et surtout de lui donner ce caractère de solidité et d'équité qui lui manquait.

Répétons qu'il n'y a aucune raison de restreindre au juge des Référés civils cette faculté, puisqu'il ne s'agit que d'apporter à une décision ne touchant pas au fond du droit des modifications n'y touchant pas davantage, et par lesquelles un équilibre sera peut-être rétabli que le Président du Tribunal de Commerce avait pu involontairement rompre.

Il va sans dire que cette possibilité pour le juge des Référés de revenir sur une décision par lui prise sans que sa religion fut parfaitement éclairée, ne lui est accordée qu'autant qu'on reste en présence d'une mesure conservatoire. Mais dès que les tribunaux se sont emparés de cette dernière pour la transformer en mesure exécutoire ou en tirer des conséquences de caractère définitif, il n'en est plus de même. C'est

ainsi que l'opposition à ordonnance de saisie-arrêt ne peut plus être valablement formée dès que la demande en validité a été introduite [1].

Puisque nous n'avons trouvé aucune raison de donner de l'exécution en matière d'ordonnance une définition différente de celle qu'on lui donne en matière de jugement, on est donc en droit de ne pas approuver cette tendance que nous signalions au début de cette section, qui élargissait cette notion jusqu'à y faire rentrer des mesures aussi généralement considérées comme conservatoires que la consignation des sommes saisies-arrêtées ou des objets saisis conservatoirement, que le remplacement du tiers saisi par un sequestre.

(1) Paris, 16 mars 1922; S. 1922.2.133. — Civ., 5 avril 1933; S. 1933.1.285. Gaz. des Trib. 24 juin 1933. Toutefois le juge des Référés peut connaître de l'opposition à ordonnance si l'assignation en Référé est antérieure à l'assignation. — Montpellier, 24 mai 1933; Gaz. Pal 1934.1.342. — Cas. Req., 31 mai 1932; D. H. 1931.345. — Besançon, 11 mai 1924; S. 1934.2.35.

TROISIÈME PARTIE

Sanction des Règles de compétence relatives aux Référés Commerciaux et aux Référés Civils

La nécessité de promulguer une loi créant la procédure du Référé devant la juridiction commerciale s'était imposée au législateur du fait de cette situation chaque jour plus regrettable résultant de ce que, d'un côté les exigences du trafic commercial ne cessaient de croître, et que d'un autre côté on continuait de refuser très généralement au Président du Tribunal Civil le pouvoir de statuer en matière commerciale sous forme d'ordonnance de Référé.

Et pourtant il était souvent arrivé qu'un magistrat civil statuant en Référé rendit une décision sur une telle matière, ou même que les parties se missent d'accord pour lui attribuer conventionnellement compétence pour des mesures concernant un litige de nature commerciale.

On a défini la compétence d'un Tribunal comme étant la portion de juridiction confiée à ce tribunal, la juridiction étant le pouvoir de juger.

Lorsque, d'après les règles de compétence d'attribution ou territoriales un tribunal n'a pas compétence pour juger un procès, on dit qu'il est incompétent. Et la nature de cette incompétence, avec comme conséquence la détermination des conditions dans lesquelles elle pourra être soulevée, dépend du caractère des règles qui ont été méconnues. Ces règles sont formulées, soit dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, elles sont alors d'intérêt public, soit dans l'intérêt des parties ou de l'une des parties; on les dit alors d'intérêt privé. Dans le premier cas l'incompétence est absolue, dans le second, relative.

La question du choix d'un critérium de la distinction de l'incompétence absolue et de l'incompétence

relative a donné lieu à de nombreuses discussions. La théorie suivant laquelle les règles de la compétence d'attribution (ou *ratione materiæ*) seraient toujours sanctionnées par une incompétence absolue, tandis que les règles de compétence territoriales n'amèneraient qu'une incompétence relative, n'est plus généralement admise [1]. En effet, l'ordre public n'est pas toujours forcément intéressé à l'observation des règles de compétence d'attribution, et la tendance de plus en plus s'affirme de refuser qu'un procès soit repris *ab ovo*, sous prétexte qu'une règle de Procédure n'a pas été respectée, alors que cela n'a nui en rien à une correcte application des principes essentiels de Droit. C'est ainsi que l'article 170 du Code de Procédure Civile porte (texte du décret du 30 août 1935) que l'incompétence à raison de la matière ne peut être invoquée pour la première fois devant la Cour de Cassation que dans deux catégories de cas bien précisés [2].

En matière de Référés, les raisons qui expliquent l'évolution que nous venons de signaler vaudront *a fortiori*, et on comprend qu'il fallut, une fois le principe de l'incompétence du juge des Référés Civils en matière commerciale admis [3], déterminer en quelque sorte le degré de rigueur de cette incompétence.

Allait-on admettre une incompétence absolue, opposable à tous moments de l'instance? Ou au contraire, exigerait-on que l'exception d'incompétence fût pré-

---

(1) Morel. *Traité élémentaire de Procédure Civile*, p. 238.

(2) Glasson, Tissier et Morel, *Traité précité*. T. V. (1936); — Sup. n° 263. — T. I. (1925), p. 673.

(3) Cas. Civ., 14 nov. 1923; S. 1925.1.49. — Trib. Civ. Le Havre, 1er février 1915; S. 1917.2.25.

sentée dès le seuil du procès, faute de quoi elle ne serait plus recevable? Symétriquement, après la loi du 11 mars 1924, il fallut préciser l'incompétence du juge des Référés commerciaux eu égard aux litiges civils. Ce fut infiniment plus aisé.

L'incompétence de chaque juge pour statuer sur les litiges n'entrant pas quant au fond dans la compétence du Tribunal dont ils sont respectivement issus ainsi fixée, nous verrons dans quelle mesure on peut tolérer que les parties prorogent, compte tenu de ces principes, la compétence de l'un ou de l'autre juge pour prendre des mesures provisoires sur des questions n'entrant pas normalement dans le cercle de leur compétence.

Section I

NATURE DE L'INCOMPETENCE DU JUGE DES REFERES CIVILS ET DU JUGE DES REFERES COMMERCIAUX POUR STATUER SUR LES MATIERES QUI NE RESSORTISSENT PAS A LA JURIDICTION DU TRIBUNAL DONT ILS SONT RECIPROQUEMENT ISSUS

§ I

Nature de l'incompétence du juge des Référés civils en matière commerciale

Dès avant la loi du 11 mars 1924 les tribunaux et les auteurs optaient pour le caractère absolu ou le caractère relatif de cette incompétence pour des

motifs différents suivant les principes qu'ils professaient eu égard à la nature même de la juridiction en cause, encore que certains pussent être entièrement d'accord sur cette nature et ne plus l'être du tout quant aux conséquences à en tirer.

C'est ainsi que ceux qui s'entendaient pour considérer les Référés comme une juridiction spéciale ne s'accordaient plus pour qualifier l'incompétence du magistrat qui l'exerçait quant aux affaires du ressort du Tribunal de Commerce.

D'aucuns, en effet, qui admettaient que la juridiction des Référés constituait une juridiction particulière fonctionnant en vertu d'attributions propres, suivant certaines règles spéciales, soutenaient que le Président du Tribunal Civil ne pouvait en nulle circonstance rendre une décision sur des questions d'ordre commercial. Nul texte en ce moment n'avait, en effet, créé un tel organisme près des tribunaux consulaires [1]. D'ailleurs, aux termes des articles 640 et 641 du Code de Commerce, dans les arrondissements où n'existent pas de Tribunaux de Commerce, les Tribunaux Civils y suppléeront, mais « ...l'instruction aura lieu dans les mêmes formes que devant le Tribunal de Commerce. » Qu'est-ce à dire sinon qu'il n'y aura pas de Référé dans ce cas, pas plus qu'il n'y en a devant les juridictions consulaires [2]. De plus,

(1) Lyon-Caen et Renault. Tr. cité, 5e éd. (1921). T. I, n° 419 *bis*, p. 575.

(2) Alger, 27 avril 1904; D. P. 1905.2.310. « ...En ce qui concerne l'incompétence du juge des Référés en matière commerciale... Attendu... que les attributions du Tribunal Civil en matière commerciale sont déterminées par l'article 640 du Code de Commerce..., que le Tribunal a en ces termes plénitude de juridiction. Attendu qu'il n'en est pas de même du Président de ce Tribunal statuant en Référé. Que sa juridiction est une juridiction d'exception..., qu'aucun texte ne confère à ce magistrat compétence en matière commerciale... »

toute règle de procédure portant sur la compétence est d'ordre public. Et les partisans de cette thèse citaient l'exemple de l'incompétence des Tribunaux Civils pour les litiges ressortissant aux Tribunaux de Justice de Paix.

Enfin, ils faisaient valoir que la procédure devant les Tribunaux de Commerce était par elle-même assez expéditive pour satisfaire aux nécessités urgentes [1].

D'autres auteurs et d'autres juridictions [2] acceptant que la juridiction des Référés constituât un pouvoir propre dont l'exercice et la dévolution échappent aux règles de la procédure ordinaire, parvenaient à une conclusion inverse et reconnaissaient la relativité de l'incompétence du Président du Tribunal Civil. « Si, dit P. Matter [3], avec une jurisprudence récente et préférable, on admet que la juridiction des Référés est une juridiction spéciale, il faut lui reconnaître plénitude de juridiction dans sa sphère. Le droit commun c'est la compétence du juge des Référés pour toutes mesures urgentes et provisoires.

L'incompétence d'une telle juridiction ne peut être que relative pour les mêmes raisons qui font considérer comme relative l'incompétence du Tribunal Civil en matière commerciale. » L'ordre public n'est pas, en effet, intéressé à ce que les commerçants ne puissent renoncer à demander le renvoi devant une juridiction commerciale, et ils sont présumés y avoir

(1) Trib. de Com. de Marseille, 16 oct. 1924. Rev. de Droit Commercial, 25 nov. 1924.

(2) Cass. Civ., 5 nov. 1889; D. P. 1890.1.9 et les renvois.

(3) Note sous Cass. Civ. 17 mai et 6 déc. 1922; D. P. 1890.1.9, précité.

renoncé quand ils ne l'ont pas réclamé. » [1]. *A fortiori* en matière de Référé, l'ordre public n'est pas davantage intéressé. On pouvait ajouter que, depuis longtemps déjà la prétendue rapidité des Tribunaux de Commerce n'était plus qu'un postulat.

On retrouve sans étonnement la même division chez les juristes et les magistrats qui tiennent que le Référé est un démembrement, une émanation du Tribunal de Première Instance.

Tissier, par exemple, admettait que l'argument employé pour soutenir le caractère relatif de l'incompétence du Tribunal Civil en matière commerciale pouvait très bien être répété ici [2]. Il est certain, pense-t-il, que là où il n'y a pas de Tribunal consulaire, le Président du Tribunal Civil statuera en Référé sur les questions commerciales urgentes. Comment alors admettre que dans l'arrondissement voisin où coexistent les deux juridictions, l'incompétence du Président du Tribunal Civil soit dans une circonstance analogue, absolue? La rédaction même des articles 640 et 641 à laquelle nous faisions mention plus haut, fait apparaître ce que ce raisonnement a d'assez hasardeux. Tissier le note, et il ajoute d'autres motifs pour rejeter l'incompétence relative. Il remarque que si on a établi des Tribunaux de Commerce, c'est qu'on pensait qu'ils jugeraient avec plus de rapidité et plus de compétence que les Tribunaux Civils, par consé-

---

(1) Cass. Req., 17 juin 1884; D. P. 1884.1.416. — Paris, 13 déc. 1902; Gaz. Pal. 1902.1.739; D. P. 1903.2.509. — Paris, 7 juillet 1904; D. P. 1905.2.3. — Riom, 30 oct. 1913; Gaz. Pal. 1913.2.487; S. 1914.2.70. — Paris, 15 octobre 1913; Gaz. des Trib. 12 déc. 1913. — Lyon, 20 mars 1920; Gaz. des Trib. 1920.2.328. — Paris, 16 juin 1922; D. P. 1923.2.179.

(2) Toulouse, 11 janvier 1892; S. 1898.2.17.

quent qu'au point de vue de l'intérêt général du commerce ils rendraient une meilleure justice. Leur création a été une mesure d'ordre public. Leur compétence est d'ordre public. Et l'auteur remarquait que cette notion d'ordre public avait d'ailleurs tendance à gagner constamment du terrain. C'est ainsi qu'autrefois on considérait comme relative l'incompétence du Tribunal Civil pour connaître des affaires dévolues au juge de paix, parce qu'il s'agissait uniquement d'intérêts privés [1].

Bien différents sont les principes soutenus dans certaines décisions qui, sans contester que l'incompétence du Tribunal Civil pour statuer sur des litiges commerciaux fût relative, n'en décidaient pas moins que l'incompétence du Président du Tribunal pour siéger en Référé dans de semblables affaires serait absolue [2]. Elles se fondaient sur ce principe que quand il a fixé la compétence du Tribunal de Commerce le législateur lui a accordé une préférence, mais n'a pas pour autant prononcé d'exclusion à l'égard de la juridiction civile. Au contraire, quand il s'agit d'une question commerciale que l'on veut porter devant le Président du Tribunal Civil jugeant en Référé, il ne s'agit plus d'une question pour laquelle le Président du Tribunal de Commerce est compétent à l'exclusion du du Président du Tribunal Civil, mais d'une contestation pour laquelle aucune juridiction spéciale n'est compétente par cela seul que la loi n'admet pas à ce moment, de Référé en matière commerciale. La loi du

(1) Toulouse, 11 janvier 1892; S. 1893.2.17.

(2) Riom, 30 oct. 1913; S. 1914.2.70. — Paris, 9 mai 1893; S. 1896.2.15. — Paris, 24 déc. 1910; D. P. 1913.2.253.

11 mars 1924 devait évidemment anéantir cet argument [1].

Il reste cependant que dès cette époque, la majorité des décisions et des auteurs se décidait en faveur de l'incompétence relative. « Calquée sur l'incompétence du Tribunal Civil, l'incompétence du juge des Référés Civils sera tantôt absolue et tantôt relative, soutient M. Ponelle. Elle se change en excès de pouvoir quand il s'agit du contentieux administratif » [2]. Puisqu'on reçoit de façon très générale que le Tribunal Civil est incompétent seulement d'une façon relative pour juger les affaires du ressort normal du Tribunal de Commerce, ne peut-on penser que cela revient en somme à lui conserver en la matière une sorte de compétence subsidiaire. C'est ce que confirme un arrêt de la Chambre Civile de la Cour de Cassation du 17 mai 1922 [3] : « Attendu... que l'incompétence ayant été soulevée pour la première

(1) En faveur de cette solution, P. Pic, *Les Sociétés commerciales*, p. 458. — De même Bertin, *Les ordonnances de Référé*, n° 214. — Bonfils, *Traité d'organisation judiciaire*. n° 1261. — Même sens : Paris, 16 juin 1922; D. 1923.2.179.

(2) Ponelle, Thèse précitée, p. 205.

(3) D. P. 1922.1.155; S. 1922.1.267. — Voir également : Bordeaux, 6 mai 1848; D. P. 1850.2.11. — Paris, 18 février 1862; D. P. 1862.2.127. — Le Tribunal Civil est juge accessoire des affaires commerciales; Cass. Req. 20 nov. 1848; D. P. 1848.1. 233. — Cass. Civ. 15 mai 1876; S. 1876.1.305. — Paris, 18 janvier 1882; S. 1883.2.127. — Cass. Req. 19 février 1894; D. P. 1894.1.220. — Civ. 25.7.1895; D. 26.1.180. — Cass. Civ. 5 fév. 1896; D. P. 1896.1.578. — Cass. Civ., 17 juin 1884; S. 1886.1. 407. — Cass. Civ., 12 juin 1909; S. 1910.1.24. — Cass. Civ., 17 mai 1922; S. 1922.1.267. — Req. 13.11.1927. Rev. Jurid. 1928. p. 58. — Cass. Civ., 6 mai 1931; Gaz. Pal., 28 et 29 juin 1931. — Carré et Chauveau, Tr. précité. T. II, p. 185. — Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *Leçons de procédure*, 15e éd., n° 72. Lyon-Caen et Renault, Tr. cit., 2e éd. T. I., n° 382. — Glasson, *Revue Critique de Droit Civil*, année 1881, p. 322. — Garsonnet et César Bru, Tr. cit. T. I., n° 481.

fois en appel, l'arrêt attaqué l'a rejeté pour ce motif qu'en matière commerciale le juge civil a la plénitude de juridiction et peut statuer sur des litiges de cette nature si son incompétence n'est pas soulevée, qu'il en est de même du juge des Référés... Qu'en effet, sa compétence repose sur les mêmes principes que celle des Tribunaux ordinaires, et que dès lors l'incompétence de ces Tribunaux, pour connaître des affaires commerciales n'étant que relative, il doit en être de même de l'incompétence du juge des Référés. »

Et l'un des premiers arguments présentés pour soutenir cette thèse n'est-il pas à lui seul une raison suffisante pour l'adopter? N'est-il pas inquiétant dans une matière où la célérité prime toute autre considération, de penser que si on acceptait l'incompétence absolue, à tout moment de l'instance on pourrait venir faire annuler les mesures prises par le juge des Référés civils, qui bien que théoriquement incompétent, aura tout de même pris dans la majorité des cas, l'immense majorité, une décision utile et juste [1].

(1) C'est une considération exactement analogue, c'est-à-dire une confiance entière dans les qualités professionnelles et morales du juge qui amène à considérer que s'il n'a pas cette compétence réclamée par la loi, qui constitue si l'on veut la compétence optimum et intégrale, il a tout de même ce minimum de compétence qui permet de décider que tout jugement rendu par tout Tribunal, sans distinction, passe en force de chose jugée s'il n'est pas attaqué par les voies de recours établies par la loi. C'est ainsi qu'on allait jusqu'à admettre que le divorce prononcé par un Tribunal de Commerce pouvait devenir valable s'il n'était pas attaqué dans les délais; actuellement, si un tel cas se reproduisait, on devrait recevoir les mesures provisoires prises par le Président de ce Tribunal en Référé.

A peine pourrait-on opposer à cet argument qu'il ne semble pas que l'on doive craindre une telle annulation jusque devant la Cour d'Appel. Il ne faut pas oublier, en effet, que celle-ci est juridiction d'appel tant du Tribunal de Commerce que du Tribunal Civil [1].

On s'en était servi pour atténuer la rigueur des principes dans le cas où une affaire soumise en première instance au Tribunal Civil, dont on admettait parfois l'incompétence absolue en matière commerciale, a été ensuite soumise à une juridiction normalement compétente pour en connaître en appel [2]. A cet égard, des discussions s'étaient élevées pour savoir si le principe de la plénitude de juridiction reconnue à la Cour d'Appel en matière civile et commerciale, opérait de lui-même et suffisait en l'absence d'une annulation du jugement de première instance incompétemment rendu, et de l'exercice du droit d'évocation, l'exception d'incompétence n'ayant été ni présentée par le défendeur, ni soulevée d'office par la Cour, à rendre valable l'arrêt. On a très généralement admis que le principe de base était la plénitude de juridiction de la Cour d'Appel, et qu'il suffisait à couvrir l'incompétence dont était entaché le premier jugement [3].

---

(1) Cass. Civ., 15 avril 1878; D. P. 1879.1.169. — Cass. Civ., 14 août 1882; D. P. 1883.1.255.

(2) Glasson et Tissier, *Tr. cité*, 3e éd. T. I., p. 689. — Cass. Civ., 15 nov. 1880; S. 1883.1.145.

(3) Cass. Civ., 22 avril 1912; S. 1912.1.388. — Cass. Civ., 4 mars 1889; S. 1893.1.145. — N. de Sablé. — Glasson, Tissier et Morel, 3e éd. T. V. Sup. n° 267. — Cass. Civ., 27 avril 1933. Gaz. Pal. 1933.2.186.

Dès ce moment, les motifs invoqués étaient que « les querelles de compétence doivent le plus souvent possible être évitées. Elles occasionnent des frais et des retards le plus souvent inutiles [1] ».

Poussé par le même désir d'éviter des évolutions de procédure qui n'ont pas pour but une meilleure instruction de l'affaire, on s'est tout naturellement servi du même moyen pour atténuer dans une certaine mesure les effets déplorables de l'admission par certains tribunaux, de l'incompétence absolue du juge des cas urgents en matière commerciale. Un arrêt de la Cour de Paris du 25 mai 1910 [2] rappelle « ...Que la Cour, qui a compétence pour juger les affaires commerciales, a la faculté d'évoquer le fond du débat s'il est en état, par application de l'article 473 du Code de Procédure Civile. Or, les conclusions prises par X... devant le juge des Référés, inscrites en tête de son ordonnance, ne portaient pas seulement sur la compétence, mais tendaient également, le cas échéant, au rejet de la mesure sollicitée par..., que le fond avait donc été mis en état de recevoir une solution... » L'arrêt annule donc pour incompétence l'ordonnance entreprise, et la Cour, évoquant et par décision propre, reprend, ordonne et maintient la mesure qui avait été prescrite.

Quant à l'incompétence des Tribunaux civils pour connaître des affaires relevant des justices de paix, invoquée en exemple par les partisans de l'incompétence absolue, elle ne mérite pas qu'on s'y arrête car passer de l'une des juridictions à l'autre c'est violer l'ordre, la hiérarchie établie entre elles, c'est

(1) N. Sablé sous Cass. Civ., 4 mars 1889, précité.
(2) S. 1911.2.375.

supprimer le double degré de juridiction, c'est enfreindre une règle d'ordre public. On ne peut guère reconnaître l'incompétence du juge civil des Référés que dans les mêmes conditions, sous les mêmes modalités que pour le tribunal lui-même, avec le caractère relatif [1].

Depuis la loi du 11 mars 1924, cette solution garde exactement la même valeur. Les raisons de décider restent en effet les mêmes, puisque le Tribunal Civil continue de jouir de la même prééminence à l'égard de la juridiction consulaire.

Pourtant la jurisprudence demeure toujours hésitante. La loi nouvelle a précisé « qu'elle instituait le Référé devant les Tribunaux de Commerce », et non « en matière commerciale », ce qui eut été plus ambigu. Le régime de l'incompétence du Président du Tribunal Civil à ce sujet demeure donc. Il peut y avoir sur ce point d'autant moins de doute que M. Bender, député, a fort explicitement déclaré, dans son rapport du 11 décembre 1917 : « Le Président « du Tribunal de Commerce sera compétent à l'exclu- « sion du Président du Tribunal Civil... » Et il précise : « La qualité de commerçant procure au juge des connaissances grâce auxquelles il pourra équi-

(1) Cass. Civ., 15 mai 1876; S. 1867.1.65. — Paris, 19 janv. 1882; S. 1883.2.217. — Bordeaux, 14 janv. 1903; D. P. 1903.2.509. — Cass. Civ., 17 mai 1922; S. 1922.1.267; D. P. 1922.1.155. (Note de P. Matter). — Cass. Civ., 14 nov. 1923; S. 1924.1.49; D. P. 1924.1.155. — Cass. Req., 23 nov. 1927; D. P. 1928.1.151. — Cass. Civ., 6 mai 1931; S. 1931.1.264. — En Belgique l'incompétence du juge des Référés civils en matière commerciale est absolue depuis la loi du 25 mars 876. — Garsonnet, *Traité de Procédure*, 2e éd. T. II, p. 39, parag. 416. T. I., p. 761. — Morel, *Traité élémentaire de Procédure Civil* (1932). — Glasson, *Recueil de Procédure Civile*. T. I., p. 322.

tablement résoudre les difficultés d'ordre commercial qui lui seront soumises [1]. »

Mais la jurisprudence peut difficilement oublier que, appréciant le problème d'une façon exactement opposée, le projet de loi portant revision du Code de Procédure Civile déposé le 5 mai 1894 par M. Antonin Dubost, reproduisant sur ce point les dispositions d'un projet antérieur de MM. Brisson et Dupuy-Dutemps, et repris par son successeur, M. Sarrien, le 25 octobre 1895 [2], tout en étendant le Référé aux affaires commerciales, maintenait compétence au Président du Tribunal Civil pour statuer en cette matière.

« Pour statuer en Référé, disait l'exposé des motifs, il est absolument nécessaire de posséder une connaissance approfondie du Droit, et cette attribution ne pouvait être donnée qu'à un magistrat de profession. » Que l'on ait fini par admettre que le Président du Tribunal de Commerce pouvait lui aussi prétendre exercer ce pouvoir, et qu'on le lui ait accordé en ce qui concerne les litiges commerciaux, on peut, nous l'avons vu, se l'expliquer. Mais que par la même occasion on ait remplacé la supériorité que l'on prêtait au magistrat civil par une incompétence absolue, cela peut paraître un peu excessif.

Une solution raisonnable ne consisterait-elle pas à dire que, au cas où le juge civil des Référés aura pris une décision sur une question commerciale, en dehors de sa compétence par conséquent, cette déci-

(1) Rapport du 11 déc. 1917 précité.
(2) *J. O.*, Doc. Parlem. Chambre. Annexe n° 281, 25.10.1898.

sion vaudra tout de même, eu égard d'une part à la valeur professionnelle du magistrat qui est indéniable et constitue pour les parties une solide garantie en toutes circonstances, et d'autre part parce que le fait, pour le juge civil des Référés, d'être issu du Tribunal de Droit Commun, lequel jouit de la plénitude de juridiction, autorise à voir chez lui comme un germe de compétence, germe qui se développe grâce à l'assentiment tacite des parties qui n'ont pas soulevé l'exception d'incompétence au seuil même du procès [1].

Ce germe de compétence ne se trouvait-il pas, en quelque sorte, matérialisé dès avant la loi du 11 mars 1924 par les pouvoirs que des textes spéciaux conféraient au Président du Tribunal Civil pour connaître de certaines questions commerciales [2]? Rappelons que le principal de ces textes, l'article 3 de la loi du 17 mars 1909, modifié par la loi du 31 juillet 1913, a donné lieu à de sérieuses controverses après la loi instituant le Référé commercial, mais qu'il reste très

---

(1) La Cour de Cassation l'a encore formulé dans un arrêt du 6 mai 1931 (S. 1931.1.264; Gaz. Pal. 1931.2.169). Il s'agissait d'un litige ressortissant à la compétence du juge de paix qui avait été porté aux juges civils devant lesquels aucune exception d'incompétence n'avait été formulée. La Cour Suprême a décidé que le moyen tiré de l'incompétence du Tribunal ne pouvait être soulevé si le litige à raison de la qualité de commerçant du défendeur, pouvait également être porté devant le Tribunal de Commerce. Dans ce cas dit la Cour, l'incompétence du Tribunal Civil, d'absolue qu'elle était en tant que litige ressortissant au juge de paix était devenue simplement relative en tant que ce litige relevait du Tribunal de Commerce, et ne pouvait plus dès lors être invoquée devant le Tribunal Civil à la suite de la renonciation tacite résultant de la comparution.

Dans le même sens : Arrêt de la Cour de Bordeaux du 14 janvier 1935; Gaz. des Trib. 1935.2.374. — Rev. Trim. 1935, p. 879.

(2) Voir 2me partie. Chap. I. Sect. I.

généralement admis, et la Cour de Cassation l'a ratifié [1], que le Président du Tribunal Civil a gardé compétence en cette matière, ce qui est une raison de plus d'affirmer que la nouvelle loi ne restreint nullement le pouvoir juridictionnel du juge civil des Référés.

Si par conséquent d'une façon aussi nette le législateur reconnaît au magistrat civil statuant en Référé la capacité de trancher des difficultés qui sont parmi les plus délicates et en même temps parmi celles que présente le plus fréquemment la vie économique moderne, comment pourrait-on admettre par ailleurs l'incompétence absolue du même magistrat sur des litiges d'essence identique et qui ne diffèrent des précédents que par un caractère de gravité moindre, par leur nature conservatoire et provisoire? Qui peut le plus peut le moins, dit-on vulgairement. C'est bien le cas de le soutenir ici.

Le problème a reçu une solution identique dans un article de la Revue Trimestrielle de Droit Civil de 1935. Mais le raisonnement est empreint d'une originalité suffisante et met en relief une question de terminologie assez souvent ignorée pour que nous désirions en dire ici quelques mots [2].

Nous avons souligné, au début de ce paragraphe, qu'on a assez souvent l'habitude d'assimiler l'incompétence relative et l'incompétence *ratione personæ*. L'incompétence *ratione materiæ* tient à la nature de la demande, tandis que l'incompétence *ratione per-*

---

(1) Cass. Civ., 28 février 1933, Gaz. Pal. 1933.1.776. — Cour d'Appel de Paris, 28 nov. 1935, Gaz. Pal. 1936.1.187.

(2) Rev. Trim. de Droit Civ. 1935, p. 879. — Japiot. C. de Bordeaux, 14 janv. 1935, Gaz. des Trib. 1935.2.374.

sonæ se réfère à la personne d'une partie, le défendeur en général. N'est-il pas évident que lorsque le Tribunal Civil est saisi d'une question commerciale il est incompétent à raison de la matière. On parlerait donc à tort d'incompétence relative, si on admet l'assimilation précédente. Au contraire, on peut la recevoir si on donne à l'incompétence du Tribunal de Droit Commun sa juste qualification, si on la considère comme incompétence d'intérêt privé (encore que parfois une incompétence d'intérêt privé puisse être absolue comme le fait justement remarquer l'auteur).

Mais cette incompétence admissible pour le Tribunal Civil, juridiction de droit commun, l'est certes beaucoup moins pour le juge des Référés. L'auteur reconnaît cependant que depuis la loi du 11 mars 1924 on peut établir une sorte de parallélisme entre tribunal civil et tribunal de commerce, d'un côté, et le juge des Référés civils et le juge des Référés commerciaux d'un autre côté. Et il ajoute : « On peut être tenté de dire avec l'arrêt que de même que le Tribunal Civil n'est atteint que d'une incapacité d'intérêt privé s'il est saisi à la place du Tribunal de Commerce, parce que juridiction de Droit Commun, de même le juge civil des Référés n'est atteint que d'une incompétence d'intérêt privé s'il est saisi à la place du juge des Référés commerciaux. » Et il baptise le juge civil des Référés « juge des Référés de Droit Commun ». Tandis que le magistrat consulaire statuant en Référé figure une juridiction d'exception... On peut également faire ressortir que les deux juges se trouvant

sur le même degré de hiérarchie judiciaire, il ne saurait à ce point de vue y avoir conflit entre eux [1].

§ II

Nature de l'incompétence du juge des Référés commerciaux en matière civile

La thèse développée dans le paragraphe précédent laisse à elle seule entendre que cette nouvelle question ne saurait donner matière à discussion.

Juridiction d'exception, le juge commercial des Référés l'est, en effet, ne serait-ce que parce que tel est le caractère de la juridiction dont il est issu.

Le Tribunal de Commerce est incompétent d'une façon absolue, d'une incompétence d'ordre public, pour tous les litiges qui ne lui ont pas été attribués par la loi. L'incompétence du juge des Référés commerciaux aura le même caractère. Elle sera sans nul doute absolue, opposable à tout moment de l'instance, même d'office par le juge. On la qualifiera « d'intérêt public ». Elle sera *ratione materiæ* [2].

---

(1) Pour les cas spécialement prévus par la loi où le Président du Tribunal de Commerce prononce sans appel (difficultés relatives à la réception de marchandises expédiées à des commerçants. — Art. 106 du Code de Commerce, étendu par la loi du 12 février 1927; — Saisies conservatoires), il est certain que le Président du Tribunal Civil est incompétent à raison de la matière, d'une façon absolue.

(2) Paris, 19 octobre 1925. « L'incompétence du juge des Référés commerciaux étant fondée sur le principe de la séparation des pouvoirs est absolue et d'ordre public. » Trib. Com. de Marseille, 16 octobre 1924, Rev. de Dr. Com. 25 nov. 1924. — Note de M. Merignhac sous Paris, 19 octobre 1925; S. 1926.2.251.

Il n'est qu'un seul cas où le juge des Référés commerciaux n'est pas frappé en pareille matière d'une telle incompétence : quand il s'agit d'un billet à ordre qui a une cause civile et qui ne porte que des signatures civiles. Le juge consulaire n'est plus compétent, mais son incompétence, exceptionnellement n'est que relative.

C'est ce que l'on doit obligatoirement déduire de l'application du principe que la compétence du juge des Référés commerciaux est calquée sur celle du Tribunal qu'il préside à l'article 636 du Code du Commerce, lequel stipule que « lorsque les lettres de change ne seront réputées que simple promesse aux termes de l'article 112, ou lorsque les billets à ordre ne porteront que des signatures d'individus non négociants..., le Tribunal de Commerce sera tenu de renvoyer au Tribunal Civil s'il en est requis par le défendeur ».

Section II

DES CAS OU IL PEUT Y AVOIR PROROGATION DE COMPETENCE EN FAVEUR DU JUGE DES REFERES

On a été amené à déterminer la nature de l'incompétence de chaque juge des Référés pour les matières qui ne ressortissent pas à la juridiction des tribunaux dont ils sont respectivement issus, à l'occasion de litiges qui étaient portés devant eux à l'encontre des règles légales, soit qu'il y eut erreur de la part des parties, soit qu'elles l'eussent fait exprès.

Mais une fois cette incompétence précisée, les intéressés vont pouvoir agir en connaissance de cause, et bénéficiant de leur expérience, proroger à coup sûr la compétence de tel ou tel juge. Par exemple, elles s'engageront d'avance à porter une quelconque difficulté née ou à naître devant le juge normalement incompétent mais qu'elles préfèrent. C'est une soumission de juridiction. Elle n'est possible que s'il s'agit d'une incompétence *ratione personæ*, et s'il n'y a aucun préjudice causé à des tiers [1]. Après avoir brièvement examiné cette question, nous tâcherons de déterminer dans quelles limites un plaideur qui a le choix entre les deux juridictions peut exercer ce choix.

Nous avons vu que de l'admission du caractère relatif de l'incompétence du Président du Tribunal Civil statuant en Référé en matière commerciale découlait pour les parties la possibilité de renoncer tacitement à la compétence du juge consulaire en ne soulevant pas *in limine litis* l'exception.

Mais mieux, disions-nous, elles pourront convenir d'avance que les difficultés susceptibles de naître d'un acte de commerce seront obligatoirement portées devant le Tribunal de Droit Commun [2]. En présence d'une telle convention, le juge civil des Référés est certainement compétent pour prendre les mesures urgentes et provisoires rendues utiles par ces difficultés. « S'il est de principe, dit la Cour de Paris dans un arrêt du 30 octobre 1920 [3], que le juge des Référés

(1) Garsonnet et C. Bru, Traité précité, T. II, parag. 403.
(2) Toulouse, 11 janv. 1892; S. 1893.2.17.
(3) Gaz. Pal. 1920.2.574.

est incompétent pour connaître des difficultés nées à l'occasion d'un litige qui rentre au fond dans la compétence juridique commerciale, il en est autrement quand il a été désigné par l'accord des parties pour prendre une mesure purement conservatoire, incapable d'influer sur le fond du procès. Il en est notamment ainsi quand, dans un acte de vente d'une part de fonds de commerce, il est stipulé que l'expertise prévue par l'article 2, paragraphe 3, de la loi du 17 mars 1909, sera faite par un expert nommé sur simple requête par le Président du Tribunal Civil statuant en Référé. »

La Cour d'Appel de Lyon a même confirmé le 8 juillet 1931 une ordonnance du Président du Tribunal Civil de cette ville, suivant laquelle quand les parties ont convenu à l'avance qu'elles s'en remettraient au juge des Référés à l'effet de statuer sur des difficultés d'exécution du contrat à caractère commercial qui les lie, elles n'ont pu vouloir désigner que le Président du Tribunal Civil. « Si elles avaient voulu désigner le Président du Tribunal de Commerce elles auraient pris la précaution de le dire... » et, par conséquent dans l'espèce « le Président du Tribunal Civil pouvait statuer à l'exclusion du Président du Tribunal de Commerce les conventions faisant la loi des parties » [1]. On ne peut pas ne pas remarquer le caractère arbitraire de cette décision qui ne semble pas du tout considérer que le juge consulaire des Référés occupe dans le champ de compétence de la juridiction commerciale et dans la limite de ses

(1) Gaz. Pal. 1931.2.849. — Même sens : C. de Bordeaux, 14 janv. 1935, Gaz. Trib. 1935.2.374.

pouvoirs, une place tout à fait analogue à celle du juge civil des cas urgents dans le domaine de compétence du Tribunal Civil. Il nous paraîtrait plus facile de soutenir que si elles avaient voulu la compétence du juge commercial, les parties auraient non pas pris soin de le dire, mais bien au contraire, qu'elles n'auraient eu besoin de rien dire, ni de faire une stipulation spéciale pour que soit appliquée la règle normale.

La prorogation conventionnelle de juridiction, tout en étant licite, n'est nullement obligatoire pour le juge des Référés. Celui-ci, s'il le juge préférable pour une bonne administration de la justice, peut souverainement apprécier s'il doit accepter la compétence exceptionnelle que lui attribuerait la seule volonté des parties, ou si au contraire il convient de refuser celle-ci, et, par suite, de renvoyer promptement les parties devant la juridiction normalement compétente [1].

Ces conventions d'attribution de compétence au juge civil des Référés pouvaient s'expliquer avant 1924 par le désir d'obtenir plus rapidement des mesures urgentes. Mais par la suite, l'établissement des Référés commerciaux devait répondre à ce désir. En plus des questions de convenance personnelle et d'une sorte d'habitude rémanente dont on ne s'est pas encore défait, il semble que joue ici une question de plus grande autorité morale en faveur du juge civil. Quoiqu'il en soit, cette façon d'agir présente de gros inconvénients. Que l'accord donne compétence au

(1) C. d'Ap. de Rabat, 7 nov. 1933, Gaz. Pal. du Maroc, 23 déc. 1933.

Tribunal Civil ou au juge des Référés civils, on aboutit toujours à voir revenir encombrer l'audience des juges auxquels on a voulu les enlever d'innombrables contestations spécifiquement commerciales.

Aucune contrepartie n'existe, en effet, du côté du Président du Tribunal de Commerce. Certes, il arrive que des plaideurs attribuent compétence au juge consulaire pour ordonner l'expulsion d'un gérant de fonds de commerce, faute pour celui-ci de s'acquitter régulièrement des redevances stipulées [1]. De même, dans un compromis d'arbitrage, il est souvent convenu que, à défaut d'accord entre les arbitres choisis par les parties, ceux-ci seront départagés par un tiers arbitre désigné par le Président du Tribunal de Commerce siégeant en Référé [2].

De même encore dans les statuts des Sociétés figure souvent une clause conférant au juge des Référés la faculté de pourvoir à la désignation de liquidateurs ou à leur remplacement pour cause grave.

Mais toutes ces conventions ne sont licites que dans la mesure où elles ne violent pas les règles de compétence *ratione materiæ*. D'autre part, il est indispensable qu'il n'existe pas de contestation sérieuse sur la nature de l'acte ou sur la portée de la stipulation invoquée [3].

---

(1) Sem. Jurid. 1928, p. 318. (Note de Guilhot).

(2) Loi du 13 nov. 1933, art. 3, parag. 5; D. P. 1934.4.41. L'Assemblée extraordinaire peut décider soit l'échange, soit le remboursement des actions à droit de vote privilégié. En cas de défaut d'entente entre Assemblée générale des actionnaires et Assemblée spéciale des bénéficiaires d'actions à droit de vote privilégiée, chacune d'elles désigne un arbitre, un troisième arbitre étant désigné par le Président du Tribunal de Com.

(3) Exemple : la compétence du Président du Tribunal de Commerce statuant en Référé subsiste-t-elle lorsque les parties ont par une clause compromissoire inséré dans la convention

Le deuxième cas que nous devons considérer est celui où il n'y a pas d'accord entre les parties, mais où l'une, le demandeur, a le choix entre la juridiction civile et la juridiction commerciale.

Ceci pourra se produire par exemple dans une instance qui intéresse à la fois un commerçant à raison d'une opération présentant de son chef un caractère commercial, mais au contraire, un caractère civil en ce qui concerne le demandeur qui pourra porter le litige devant l'un ou l'autre tribunal. Celui des deux qui a le choix pourra renoncer d'avance à l'occasion d'une telle opération à l'un ou l'autre des juges. Mais nous avons supposé qu'il n'y avait pas eu d'accord avant toute contestation. Le problème suivant pourra alors se poser : le demandeur s'adresse au juge civil des Référés pour obtenir une mesure provisoire. L'autorisera-t-on cependant à introduire l'instance au fond devant le Tribunal de Commerce? Ou celui-ci : l'instance au fond est engagée devant le Tribunal Civil; le demandeur aura-t-il le droit de

---

à l'occasion de laquelle s'élève le litige, attribué compétence à des arbitres. Le fond de l'affaire n'est plus alors de la compétence du Tribunal de Commerce, d'où on pourrait conclure que son Président ne peut en connaître en Référé. Mais les arbitres eux-mêmes ne peuvent statuer en Référé. Pratiquement, les arbitres n'étant pas nommés au moment où se présente la nécessité de prendre des mesures urgentes, il serait impossible d'y satisfaire; juridiquement, la juridiction des Référés étant de nature spéciale et exceptionnelle, on ne pourrait déduire de la compétence qui a été attribuée aux arbitres pour trancher le fond du litige, le pouvoir de statuer en Référé. D'autre part, à défaut de manifestation de volonté expresse, on ne saurait déduire de la clause compromissoire la renonciation par les parties à se pourvoir en Référé. En raison de la nature commerciale de l'affaire ce Référé devra donc être porté devant le Président du Tribunal de Commerce. (P. Vence, Th. précitée, p. 43).

solliciter du juge commercial des Référés une mesure provisoire?

Dans l'un et l'autre cas, il peut arriver que les mesures ordonnées aient besoin d'être modifiées, ou même annulées. Par qui? Ce devrait être logiquement par le Tribunal dont est issu le magistrat qui a rendu la décision. Dans un établissement qui fait à la fois de la construction aéronautique et de la construction automobile, les initiatives d'un ingénieur spécialiste d'aviation ne seront pas approuvées ou repoussées par le bureau d'étude de la construction automobile. Il n'en est pas autrement ici. « On ne voit pas, en effet, dit M. Ropers [1], le Tribunal Civil ou le Tribunal de Commerce modifiant, comme il est par nature loisible au juge du fond de le faire, les décisions rendues par le juge des Référés de l'autre juridiction. Rationnellement, ce contrôle et cette infirmation ne

(1) Il a été jugé qu'un demandeur ne pouvait saisir le Président du Tribunal Civil pour ordonner une expertise alors qu'il avait déjà saisi le Tribunal de Commerce au fond. Paris, D. P. 1846.2.713.

Il a d'autre part été décidé que le Tribunal Civil deviendrait seul compétent à l'exclusion du Tribunal de Commerce, pour statuer au fond sur une action de dommages-intérêts, motivée par le préjudice résultant d'un accident causé par l'automobile d'un commerçant employée pour l'exercice de sa profession, pour ce motif qu'un expert aurait antérieurement été commis par le juge civil des Référés pour évaluer le préjudice. Trib. Bagnères-de-Bigorre, 25 oct. 1926, Gaz. Pal. 1927.1.116. — « Le demandeur, dit-on, a lui-même aiguillé son procès sur la voie civile et s'est engagé par contrat judiciaire à continuer dans cette même voie. » On retrouve le même principe dans un arrêt de la Cour de Paris du 16 juin 1920 (Gaz. Trib., 12 juil. 1920). L'attribution conventionnelle au Tribunal pour connaître de toutes les difficultés litigieuses entre les parties, nées d'un contrat, exclut la compétence du juge des Référés pour connaître des dites difficultés (il n'y a pas encore de Référé commercial). Mais l'incompétence du juge doit être soulevée *in limine litis*. Si ce moyen est seulement soulevé pour la première fois devant la Cour d'Appel il y a renonciation au bénéfice de la convention dont il s'agit. Le Tribunal Civil sera compétent.

doivent être le fait que de la juridiction dont le juge des Référés dépend. »

Toute autre solution comporte une immixtion fâcheuse et certainement contraire à l'esprit de notre organisation judiciaire de l'un des deux tribunaux dans un domaine qui doit appartenir exclusivement à celui des deux qui a été saisi le premier, fût-ce à titre provisoire. En se soumettant à la juridiction civile, les parties se sont engagées formellement quoique implicitement à lui soumettre les contestations incidentes à l'instance principale. Cette obligation visant la juridiction principale s'applique du même coup à son département, le Référé. C'est un lien juridique d'instance.

On évite ainsi les pérégrinations d'une juridiction à l'autre, et aussi la perte de cette concordance si désirable entre les décisions rendues en une même affaire. Quand il a effectué entre chaque juridiction le partage des matières comprises dans ses attributions, le législateur l'a fait certainement porter pour qu'elle soit réelle et complète, non seulement sur la décision finale du litige, mais encore sur les mesures d'urgence, de constat et d'instruction nécessaire au cours de l'instance ou avant son introduction devant les juges compétents.

Ayant donné toutes ces raisons, M. Ropers ajoute qu'il faut respecter la règle *una via electa...*, et il cite une jurisprudence qui reconnaît au demandeur la faculté de s'adresser au Tribunal Correctionnel, bien qu'il ait déjà saisi le juge des Référés [1].

---

(1) Trib. Cor. de Pontoise, 11 oct. 1930. Sem. Jurid. 1931, p. 746; D. H. 1928.161. — Même sens, Cass. Civ., 24 mars 1863; Bull. Crim. n° 207. Rogers, Rev. Trim. 1933, p. 30.

Dans cette matière, domaine d'application normal de la règle, plusieurs motifs autorisent pour ce cas à n'en pas tenir compte : pas de préjudice au fond pour ce qui est de la décision de Référé; le Tribunal Correctionnel n'est qu'une face du Tribunal Civil; enfin, il n'existe pas de Référé près du Tribunal répressif. Contre son application en notre matière, l'auteur cite au contraire le caractère sérieux des mesures prises, l'esprit différent des juridictions civiles et commerciales, la nécessité d'une certaine harmonie entre toutes les décisions prises en une même affaire [1].

Pourtant, cette opinion n'est pas unanimement admise et nous nous rangerions volontiers aux côtés de ceux qui la combattent.

C'est ainsi que M. Ponelle prenant, il est vrai, la question sous un angle un peu particulier, souligne que ce n'est pas parce qu'une instance sera pendante devant un Tribunal de Commerce que le fond de la question soumise pendant cette instance au juge des Référés sera forcément commercial. Bien qu'il y ait connexité de fait entre un litige pendant devant un Tribunal d'exception et la mesure sollicitée en Référé, cette mesure peut relever de droits qui ressortissent en fait à la compétence civile [2].

---

(1) Il a été jugé que le commerçant qui est appelé en garantie dans une instance civile portée devant le Président du Tribunal Civil statuant en matière de Référé ne saurait, suivant l'article 181 du Code de Procédure, décliner la compétence de ce magistrat. Ce n'est là qu'une application du principe que les Tribunaux Civils ayant plénitude de juridiction, peuvent juger de toutes les demandes incidentes additionnelles, reconventionnelles, en intervention, en garantie ou autres demandes connexes, alors même que ces demandes considérées isolément seraient de la compétence du Tribunal de Commerce. (Rennes, 13 janv. 1913).

(2) Ponnelle, Th. précitée, p. 199.

Evidemment, M. Ponelle prend ici comme critère de la compétence du juge des Référés le caractère civil ou commercial du fond du Droit, et il n'éclaire en rien le problème puisque, en somme, il sort de la question, qui est de savoir si dans une affaire commerciale, tant au point de vue du principal qu'au point de vue du provisoire, un juge civil et un juge commercial peuvent se succéder, pour ne prendre qu'un seul côté du problème.

La Cour de Cassation en a donné l'assurance en décidant que s'il est bien évident que l'ordonnance incompétemment rendue en Référé par le Président du Tribunal de Commerce ne rend pas ce Tribunal compétent pour statuer au fond dans la même affaire, il n'en est pas moins vrai que la circonstance de l'incompétence du juge civil des Référés n'a pas été soulevée devant ce magistrat malgré le caractère commercial de la contestation, ne rend pas les parties non recevables à exciper devant le Tribunal Civil de cette même incompétence [1].

Et ceci nous confirme dans notre opinion. En effet, l'incompétence relative du juge civil en matière commerciale oblige à présenter l'exception *in limine litis*, une fois la procédure engagée on ne peut plus en faire état, ce qui coïncide parfaitement avec la théorie précédente : dans une procédure un seul juge. La Cour de Cassation accepte qu'après avoir obtenu une décision devant le juge des Référés civils dans une affaire de caractère commercial, on soulève l'exception d'incompétence devant le Tribunal Civil.

(1) Cass. Civ., 20 juin 1928; S. 1928.1.327. — Même sens : Cass. Civ. 21 avril 1884; S. 1886.1.206.

Qu'est-ce à dire, sinon qu'on se trouve en face, non d'une seule, mais de deux procédures véritablement indépendantes l'une de l'autre? [1]

On est encore forcé d'en revenir à cette idée que le juge des Référés, quel qu'il soit, exerce une sorte d'imperium, sans lien obligé avec une autre procédure. Jugeant en fait il n'est, dans son intervention, lié par aucun concept juridique. Puisqu'il n'a pas à considérer le fond, et que sa juridiction ne porte pas sur le même objet que celle du Tribunal, celui-ci ne sera lié d'aucune façon par ce qui aura été décidé en Référé, quel que soit le juge qui ait exercé cette juridiction, juge civil ou juge consulaire, ou même Cour d'Appel.

D'ailleurs est-il raisonnable de faire état ici comme on le fait parfois de la maxime *accessorium sequitur principale,* étant donné que bien avant que le principal soit porté devant un Tribunal, avant tout choix de juridiction, avant même que le caractère du litige soit bien dessiné, avant même qu'il y ait litige, il peut y avoir matière à Référé[2]. Peut-on croire que le fait de demander une mesure urgente à tel ou tel juge dont le choix sera presque toujours dicté par des raisons de fait eu égard au but immédiat et essentiellement pratique que l'on recherche, soit suffisant pour engager l'affaire sur l'une ou sur l'autre voie?

---

(1) L'indépendance des mesures demandées en Référé ressort bien de ce qu'on admet qu'elles peuvent être sollicitées, même quand l'appel a été interjeté du jugement sur le fond. Cass. Civ. 17 avril 1929; Gaz. Pal. 1929.2.63.

(2) C. d'Ap. Paris, 10 mars 1937; D. H. 1937.210.

La décision prise par le juge des Référés aura en soi une valeur, une efficience qui aura déjà produit des résultats au moment où le procès s'engagera au fond, et sur ces résultats on ne pourra revenir, pas plus qu'on ne pourra présenter le choix du juge qui a statué comme une indication définitive quant à l'orientation que l'intéressé désire donner au procès.

Inversement, le fait qu'une instance soit engagée devant la juridiction civile ou la juridiction commerciale doit être sans influence sur la compétence du juge des Référés, et une partie pourra par exemple venir demander des mesures provisoires au magistrat consulaire s'il s'agit d'une question commerciale, bien qu'une instance soit déjà ouverte devant le Tribunal de Droit Commun[1].

Les arguments donnés à l'appui de la thèse contraire ne nous semblent, en effet, nullement convaincants.

Que l'ingénieur d'aéronautique dont nous parlions tout à l'heure fasse prendre des mesures urgentes pour éviter qu'un incendie se communique aux réservoirs d'essence des ateliers de construction d'automobiles, et le directeur intéressé ne pourra, semble-t-il, que l'en féliciter, quitte à supprimer ces mesures le danger passé, ou à les modifier si le besoin s'en fait sentir.

Il est évident d'autre part, que le Tribunal de Commerce peut très bien se trouver amené à supprimer des mesures ordonnées par le juge civil des Référés, même en suivant la théorie la plus intransigeante. Il le fera par exemple en déclarant inexistante

(1) Cass. Civ., 8 nov. 1933. Gaz. Pal. 1933.2.1022.

une créance pour laquelle le juge des Référés civils a autorisé une saisie-arrêt.

Qu'on veuille enfin éviter les pérégrinations d'une juridiction à l'autre dans une même affaire, cela se conçoit dans la mesure où on évite ainsi que soit retardée la marche du procès. Mais nous ne voyons pas en quoi en la matière un retard serait apporté au procès. Quant à la concordance de décisions, le juge du principal ayant dans tous les cas la faculté de modifier à son gré les mesures prises par le juge des Référés ou de les supprimer purement et simplement, nous voyons mal comment il pourrait y avoir contrariété de décisions [1].

Il est d'ailleurs une situation où quelle que soit la théorie admise, et sans que les parties y mettent d'intention spéciale, on fera appel au juge civil des cas urgents pour statuer sur un litige commercial, sans tenir compte du tribunal jugeant au fond.

Avant la loi du 11 mars 1924, voici le cas qui pouvait se présenter.

Dans un arrondissement il n'y a pas de Tribunal de Commerce. Le Tribunal Civil en tient donc lieu. Au cours d'une instance sur un litige de caractère commercial il devient urgent de prendre des mesures provisoires. Le Président du Tribunal Civil jugeant

---

(1) Les parties conservent toujours le droit de poser à nouveau devant les juges du fond et de faire juger par eux en sens contraire les questions déjà résolues en Référé, même quand un arrêt a été rendu sur un appel d'une ordonnance de Référé, appel qui participe du même caractère que cette ordonnance et qui se trouve de ce fait soumis à la règle susdite. Cass. Civ., 28 juin 1892; S. 1893.1.415. — Cass. Civ., 16 avril 1923; S. 1924.1.248.

en matière commerciale va-t-il pouvoir ordonner ces mesures?

Non, répondent certains, parce que le Tribunal Civil a dépouillé sa qualité propre pour jouer scrupuleusement le rôle de Tribunal de Commerce. C'est ainsi par exemple, que l'instruction sera faite dans les mêmes formes que devant un tribunal consulaire (articles 640 et 641 du Code de Procédure). Or, celui-ci ne connaît pas l'institution du Référé. Par conséquent, le Président du Tribunal Civil ne saurait ordonner des mesures provisoires par ce moyen [1].

Tissier admettait la solution inverse [2].

Aujourd'hui il ne fait plus de doute que le Tribunal Civil acquérant avec toutes ses particularités le caractère de juridiction commerciale, son président jouerait obligatoirement le rôle dévolu au Président de la juridiction consulaire par la loi du 11 mars 1924.

Un cas tout à fait analogue peut encore se présenter dans les circonstances suivantes : nous trouvons dans un arrêt de la Cour d'Appel de Montpellier, en date du 19 novembre 1931 [3] : « ...Mais attendu que, si en principe le juge appelé à statuer sur un Référé doit appartenir à la juridiction compétente pour statuer sur le fond, cette compétence n'exclut pas pour les mesures urgentes celle du juge dans le ressort duquel est né l'incident que nécessite le recours... » Supposons alors un débat devant la juridiction commerciale d'un arrondissement. En

(1) Alger, 27 avril 1904; D. P. 1905.2.310.

(2) Toulouse, 11 janv. 1892; S. 1893.2.17.

(3) Sem. Jurid. 1932, p. 182. — Même sens : Trib. Com. de Romans, 14 mai 1924; D. P. 1925.2.6. — Cass. Req., 28 janvier 1919. Gaz. Pal. 1919.2.41.; S. 1921.1.345.

cours d'instance il devient indispensable de prendre des mesures provisoires dans un autre arrondissement où il n'existe pas de Tribunal de Commerce. Le Président du Tribunal Civil va-t-il pouvoir statuer? Il semble difficile de s'y opposer. La Cour d'Appel de Montpellier a d'ailleurs elle-même décidé [1] : « L'urgence est la justification essentielle de tout Référé, et autorise une partie nonobstant sa demande au principal, introduite devant un tribunal, à solliciter une ordonnance du Président d'un autre Tribunal statuant en Référé, dès lors que l'ordonnance ne préjudicie pas au principal et que la mesure ordonnée risquerait, si le déclinatoire de compétence était admis, de devenir ultérieurement irréalisable. » C'est affirmer sans détour que l'efficacité des mesures prises doit en définitive, avec leur caractère d'équité, et la rapidité de leur intervention demeurer le critérium de la compétence du juge qui a statué.

(1) 10 octobre 1932, Gaz. Pal. 1932.2.912.

CONCLUSION

Traiter des conflits de compétence entre deux juridictions, c'est examiner les raisons qui, en définitive, feront que l'on portera tel litige devant l'une plutôt que devant l'autre. Parmi les raisons qui paraissent à l'étude des différents conflits entre Président du Tribunal Civil et Président du Tribunal de Commerce statuant en Référé, en est-il qui méritent de retenir spécialement l'attention?

Cela dépend du genre du conflit.

Si le conflit provient d'une erreur manifeste d'interprétation d'une règle impérative de Droit ou de Procédure, la solution consistera bien simplement à rejeter la prétention émise au mépris de ces règles. Il n'est pas douteux que c'est ce qui se passerait si une partie voulait faire trancher par un juge commercial une difficulté née au sujet d'une affaire de caractère commercial entrant dans la compétence d'attribution du Tribunal de Droit Commun. De même, en matière d'exécution, tout conflit sera facilement résolu dans la mesure où on aura défini le caractère de l'acte en cause, où on aura décidé s'il entre ou non dans la notion de mesure d'exécution. Il s'agira donc simplement d'appliquer rigoureusement à un acte bien déterminé les règles du Référé.

Ces conflits ne sont pas les plus intéressants.

Beaucoup plus attachants sont ceux où s'affrontent deux thèses, dont celle qui finit en pratique par triompher, n'est pas toujours celle qui s'appuie sur les arguments juridiques les plus sérieux.

Avec chaque cas se présentent de nouveaux arguments qui doivent chaque fois être minutieusement examinés : ce fut l'objet de cette étude. Mais celle-ci terminée, on s'aperçoit que dans tous les conflits, quelques éléments de décision réapparaissent et agissent de façon souvent déterminante.

Certains de ces éléments tiennent à la nature des juridictions en cause, juridictions d'urgence, visant un but pratique immédiat, de caractère provisoire.

Ce sont eux qui amèneront la Cour de Cassation à recevoir certaines prorogations de compétence, combattues cependant par de solides arguments de doctrine. La Cour Suprême admettra ainsi dans l'intérêt des plaideurs qu'un Président de Tribunal peut valablement prendre en Référé des mesures provisoires dans une affaire dont n'aura pas à connaître au fond le Tribunal qu'il préside, parce que le but du Référé : permettre aux plaideurs d'obtenir des mesures provisoires urgentes, aura tout de même été atteint.

Un autre élément permanent d'appréciation sera la plus ou moins grande considération dans laquelle on pourra tenir le juge consulaire.

A cet égard, l'examen des différents conflits ne peut guère amener qu'à conclure à une hésitation de la jurisprudence caractérisée seulement par une tendance à freiner le mouvement d'extension pourtant modéré que la pratique tenterait de donner au Référé commercial.

Nous ne pensons pas qu'il y ait d'autre façon d'interpréter par exemple cet arrêt de la Cour de Lyon qui, dans le juge des Référés prévu par les parties à un contrat de caractère commercial pour trancher les difficultés qui naîtraient de ce contrat, ne veut voir que le juge des Référés civils. C'est encore ce que l'on semble devoir déduire du refus de la Cour Suprême de faire passer au juge consulaire des Référés le droit accordé avant la loi du 11 mars 1924 au juge des Référés civils de donner mainlevée d'une opposition à paiement de prix de vente de fonds de commerce, refus que nous avons vu ne pouvoir s'appuyer sur aucun principe essentiel de la matière.

Et quand, par hasard, elle statue dans un sens favorable au juge des Référés commerciaux, la Cour Suprême n'est pas suivie par la plus grande partie de la jurisprudence. C'est ainsi que le droit d'autoriser une saisie-arrêt, reconnu par la Cour de Cassation au Président du Tribunal de Commerce, lui est refusé par de très nombreux tribunaux.

Que cette tendance soit contraire au mouvement qui se dessine aujourd'hui dans la jurisprudence en faveur du juge des Référés commerciaux et d'une extension de sa compétence, cela est indéniable. Que cette dernière tendance soit la plus heureuse et qu'il soit souhaitable que l'on abandonne un laborieux effort de différenciation entre affaires relevant du juge civil et affaires du ressort du juge commercial en Référé, pour se donner à un autre genre de travail qui consisterait à adapter d'une façon générale la notion de Référé aux aspirations actuelles de la pratique, c'est une question que l'on peut être amené à

poser à la fin de cette étude avec l'espoir que le législateur y donnera bientôt une réponse. Il ne nous appartient pas de la discuter.

Vu :

Le Président de la Thèse :
BÉQUIGNON-LAGARDE.

Vu :

Le Doyen :
E. DURTELLE DE SAINT-SAUVEUR.

Vu et permis d'imprimer :

Rennes, le 10 Mai 1938.
Le Recteur de l'Académie de Rennes :
G. DAVY.

BIBLIOGRAPHIE

I. — OUVRAGES GENERAUX

BOITARD et COLMET-DAAGE. — *Leçon de Procédure Civile.* 15me éd., 1885.

BONFILS. — *Traité d'organisation judiciaire.* 1901.

BOURDONNAY. — *Le Président du Tribunal Civil.* 3me éd., par H. Blondel et J. Le Clec'h. 1932.

CARRÉ et CHAUVEAU. — *Lois de la Procédure.* 5me éd.

CENDRIER. — *Le fonds de Commerce.* 6me éd., 1934.

CHAMPCOMMUNAL. — *Conflits de juridiction entre Tribunal Civil et Tribunal de Commerce.* 1903.

COHEN. — *Traité théorique et pratique des fonds de Commerce,* 1937.

DÉMONTÈS et JAUFFRET. — *Code de Commerce annoté T. I.*

ESCARRA. — *Principe de Droit Commercial T. I.* 1934.

GARSONNET. — *Traité élémentaire de voies d'exécution.* 4me éd., 1909.

GARSONNET et CÉSAR BRU. — *Traité théorique et pratique de Procédure Civile et Commerciale.* 1912-1925. Supp. I et II. 1931-1933.

GLASSON et COLMET-DAAGE. — *Précis théorique et pratique de Procédure Civile.* 2me éd., 1908.

GLASSON, MOREL et TISSIER. — *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire et de procédure.* 3me éd., 1925-1936.

HOUPIN et BOSVIEUX. — *Traité général théorique et pratique des Sociétés.* 5me et 6me éd., 1927. 7me éd., 1935. Sup. 1937.

JAPIOT. — *Traité élémentaire de Procédure Civile.* 1916.

JOSSERAND. — *Précis élémentaire de voies d'exécution*, 7me éd., 1925.

LACOUR et BOUTERON. — *Précis de Droit Commercial.* 1925-1933.

LYON-CAEN et RENAULT. — *Traité de Droit Commercial.* 5me éd., 1921-1936.

MÉRIGNHAC. — *Ordonnances sur référés et ordonnances sur requêtes.*

MOREL. — *Traité élémentaire de Procédure Civile.* 1932.

PIC. — *Les Sociétés commerciales.* 2me éd., 1925-1926.

ROPERS. — *De la saisie-arrêt et du référé en la matière.* 1936.

Chronique à la Revue Trimestrielle. 1933.

THALLER. — *Traité élémentaire de Droit Commercial.* 7me éd., par J. Percerou, 1925. Sup. 1936.

VAVASSEUR. — *Traité des Sociétés Commerciales et Civiles.* 7me éd., par J. Bonnecase, J. Noliérac et J. Rault. 1931.

II. — THESES

BOCCON-GIBAUD. — *De la transformation de la Procédure sous l'influence de la jurisprudence et de la pratique.* 1936.

FRANCÈS. — *Essai sur les notions d'urgence et de provisoire dans la Procédure du Référé.* Toulouse 1935.

KLING. — *Le Référé et ses applications en matière commerciale.* Paris 1905.

OUDINET. — *De la compétence du juge des Référés dans les matières qui ne relèvent pas de la compétence du Tribunal Civil.* Paris 1912.

PONELLE. — *Le Référé en cours d'instance.* Paris 1934.

ROUX. — *Les pouvoirs du Président du Tribunal de Commerce.* Paris 1931.

VENCE. — *Le Référé en matière commerciale.* Aix 1934.

VERNHE. — *Le Référé en matière commerciale et en justice de paix.* Toulouse 1931.

TABLE DES MATIÈRES

PAGES

INTRODUCTION 7

PREMIÈRE PARTIE

DE LA COMPÉTENCE DU PRÉSIDENT DU TRIBUNAL CIVIL STATUANT EN RÉFÉRÉ CREATION DU RÉFÉRÉ COMMERCIAL

CHAPITRE I. — DES PRINCIPES ADMIS AVANT LA LOI DU 11 MARS 1924 EN CE QUI CONCERNE LA COMPÉTENCE DU JUGE DES RÉFÉRÉS CIVILS..... 17

SECTION I. — Théorie suivant laquelle le juge civil des Référés serait le juge de l'urgence dans tous les cas 20

SECTION II. — Théorie suivant laquelle le juge des Référés Civils ne saurait connaître des cas d'urgence à l'occasion de litiges qui sortent de la compétence normale du Tribunal Civil..... 25

CHAPITRE II. — L'INSTITUTION DU RÉFÉRÉ COMMERCIAL.. 33

SECTION I. — Dès avant 1924 le Président du Tribunal de Commerce reçoit un pouvoir spécial en certaines matières commerciales. 35

§ I. — Le Président du Tribunal de Commerce accorde certaines autorisations de saisir.... 35

§ II. — Autres cas où le Président du Tribunal de Commerce se voit attribuer une compétence spéciale 37

SECTION II. — De l'insuffisance des mesures prises par le législateur. — Adoption d'une règle générale. — La loi du 11 mars 1924..... 41

SECTION III. — Cas dans lesquels la compétence du juge des Référés Commerciaux ne laisse aucun doute 45

DEUXIÈME PARTIE

LES CAS DE CONFLITS ET LEUR SOLUTION

CHAPITRE I. — CONFLITS PROVENANT DE CE QUE DÈS AVANT 1924 LA LOI A DONNÉ DES POUVOIRS SPÉCIAUX AU JUGE DES RÉFÉRÉS CIVILS EN CERTAINES MATIÈRES COMMERCIALES 55

PAGES

Section I. — Depuis la loi du 11 mars 1924 le Président du Tribunal Civil statue-t-il seul sur les nullités de la procédure de vente antérieure à l'adjudication du fonds de commerce? 56

Section II. — Le juge des Référés Civils garde-t-il seul compétence depuis la loi de 1924 pour donner mainlevée des oppositions au paiement du prix de vente d'un fonds de commerce? 64

Chapitre II. — Conflits rendus possibles du fait de la compétence d'attribution du Tribunal Civil portant sur des matières commerciales 85

Section I. — Contestations concernant les brevets d'invention. 87

Section II. — Contestations concernant les marques de fabrique 88

Section III. — Contestations concernant les titres au porteur perdus ou volés 89

Chapitre III. — Conflits tenant en doute sur la nature de certains actes 93

Section I. —Le doute porte sur la nature de l'acte qui donne naissance au procès 94

§ I. — Difficultés relatives aux Sociétés 94

§ II. — Des cas où une contestation sérieuse est soulevée sur l'acte qui donne naissance au litige 102

Section II. — Le doute porte sur la nature de l'acte demandé au juge des Référés 107

§ I. — Depuis la loi du 11 mars 1924, le Président du Tribunal de Commerce peut-il autoriser une saisie-arrêt sur une créance commerciale? 107

§ II. — Le juge des Référés commerciaux est-il compétent en matière d'exécution de jugements de Tribunaux de Commerce ou de titres exécutoires relatifs à des créances commerciales? 122

1° Cas des jugements préparatoires..... 125

2° Après le jugement au fond le juge des Référés commerciaux est-il définitivement incompétent? 128

Portée générale de la règle..... 129

Exception concernant les faillites..... 131

Exception concernant l'octroi de délais de grâce 134

PAGES

§ III. — Le juge des Référés commerciaux est-il compétent pour statuer en matière d'exécution d'ordonnances rendues sur requête ou sur Référé 140

TROISIÈME PARTIE

SANCTIONS DES RÈGLES DE COMPÉTENCE RELATIVES AUX RÉFÉRÉS CIVILS ET AUX RÉFÉRÉS COMMERCIAUX

SECTION I. — Nature de l'incompétence du juge civil et du juge commercial des Référés pour statuer sur les matières qui ne ressortissent pas à la juridiction des Tribunaux dont ils sont respectivement issus 155

§ I. — Nature de l'incompétence du juge civil. 155

§ II. — Nature de l'incompétence du juge commercial 169

SECTION II. — Des cas où il peut y avoir prorogation de compétence en faveur du juge des Référés..... 170

CONCLUSION. 185

BIBLIOGRAPHIE 189

IMP. PROVINCIALE DE L'OUEST, RENNES